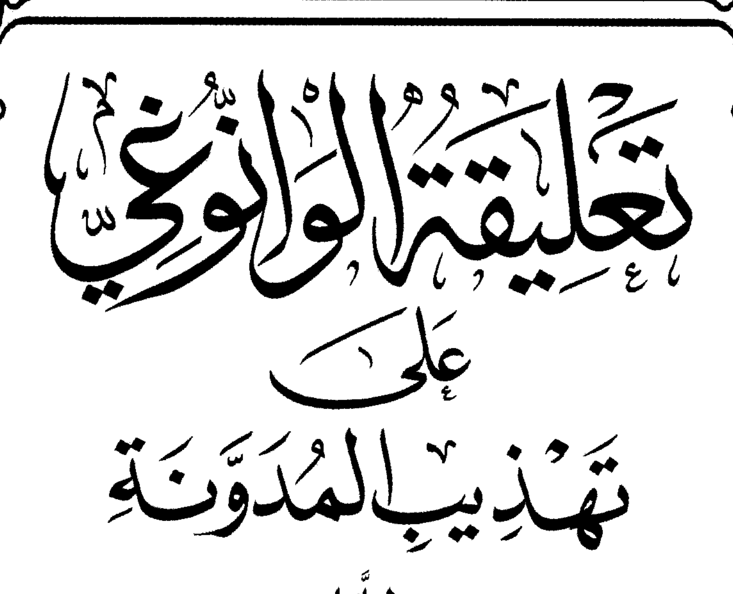


لعلها

لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن عمر الوانوغي التونسي المالكي
المتوفى سنة 819هـ

وبهامشها

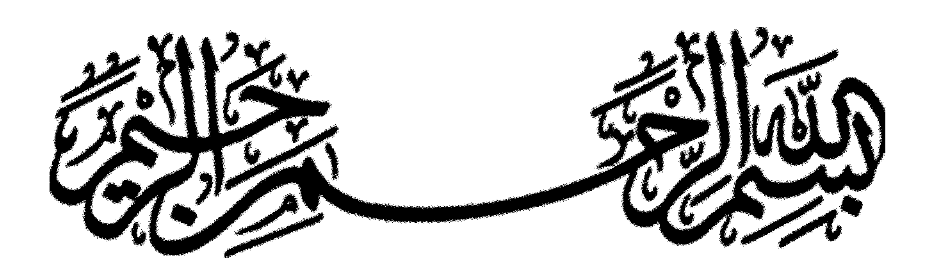
تكملة التعليقة

لأبي عبد الله محمد بن أبي القاسم بن محمد المشدالي
المتوفى سنة 866هـ

تحقيق

د. أحمد بن عبد الكريم نجيب د. حافظ بن عبد الرحمن خير

المجلد الثالث


بسم الله الرحمن الرحيم



تعليقة الوانوغي

الطبعة الأولى

1435هـ/2014م

طبع على نفقة

سمو الشيخ حمدان بن محمد بن راشد آل مكتوم

ولي عهد دبي

رقم الإيداع الدولي (ISBN)

978-9948-20-796-2



كتاب الرواحل

كتاب الرواحل

وكراء الدواب على وجهين: مضمون في ذمة، أو في دابة بعينها، فالدابة المعينة إن هلكت انفسخ الكراء، ولا يأتي بغيرها، إلا أن يشترط البلاغ وهو المضمون، فإن اشترط في المعينة إن ماتت أتاه بغيرها، لم يجز[1].

قوله: (وإن اشترط في المعينة إن ماتت أتاه بغيرها؛ لم يجز).

قلت: ظاهر المدونة: لا يجوز؛ سواءً تقدم أم لا.

وقيَّدَها ابن رشد في سماع ابن القاسم من كتاب المساقاة.

قال ما نصُّه:

قوله - في اشتراط الداخل على رب الحائط الغلام، أو الدابة - إن ذلك لا بأس به، يدل أنه لا يجوز إلا بشرط الخلَف.

وقد اعترض بعض أهل [47/أ] النظر جوازَ اشتراط الخلَف في الدابة، والغلام المعينين، وذهب إلى أنه لا يجوز، كما[2] لا يجوز اشتراط خلَف الدابة المعينة إذا اكتريت.

وليس هذا الاعتراض بصحيح؛ لأن الدابة المعينة إنما لا يجوز اشتراط الخلف فيها إذا نقد الكراء؛ لأنه يصير فسخ دين في دين، وأما إذا لم ينقد فذلك جائز، والدابة المشترطة على رب الحائط في المساقاة في حكم ما اكتري ولم ينقد

---

(1) التهذيب: 3/435.

(2) في (ش): (ما).

كراءه؛ إذ ليس لها في المساقاة في حكم ما اكترى ولم ينقد كراءه؛ إذ ليس لها في المساقاة[1] كراءٌ معلوم؛ لأن العوض[2] فيها[3] مجهول[4].

قلت: فأنت ترى كيف صرح بتقييدها[5].

ولم ينقل المغربي هذا الكلام على هذا المعنى، ونقله قبل هذا.

وقال: هل لهما أن يتراضيا على غيرها؟ جاز إن لم ينقد[6]، وهو كراء مبتدأ، ولا يجوز إن نقد[7]؛ لأنه فسخ دَين في دَين، إلا إذا كان ذلك في مفازة، وحيث لا يجد الكراء، فيجوز للضرورة.

قال ابن حبيب: كما يجوز للمضطر أكل الميتة.

وحمله الشيوخ على التفسيرلمذهب ابن القاسم[8].

قلتُ: لا يُحتاج لحمل الشيوخ على التفسير؛ وقد نقله ابن رشد صريحاً عن ابن القاسم.

انظره في رسم **(أسلم)** من سماع عيسى من البيوع، وقد علقناه في

---

(1) قوله: (في حكم ما اكترى، ولم ينقد ... المساقاة) ساقط من (ع).

(2) في مطبوع البيان والتحصيل،لابن رشد: (العرض).

(3) في (ش): (بها).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 12/140، 141.

(5) في (ع): (بسدها).

(6) في (ع): (ينتقد).

(7) في (ش): (ينقد).

(8) انظر: المقدمات الممهدات، لابن رشد: 1/451.

الآجال[1].

ومن اكترى راحلةً بعينها على أن يركبها إلى اليوم واليومين وما قرب؛ جاز ذلك، وجاز فيه النقد، وإن كان الركوب إلى شهر أو شهرين؛ جاز ما لم ينقده، وقال غيره: لا يجوز[2].

قوله: (**وما قرب جاز**).

انظر: ما حدُّ القرب؟

ابن رشد: قال مالك: العشرة أيام ونحوها.

ابن القاسم: لا يعجبني إلى عشرة ونحوها.

يريد: إذا نقد، وهذا إذا كانت الراحلة حاضرةً، وأما إن كانت غائبة فلا يجوز تعجيل النقد؛ لأن النقد لا يصح في شراء الغائب[3].

وقد أجاز مالك تأخير الكيل اليوم واليومين للمشتري من صبرة معيَّنة، ورأى في المشترط إن لم يأت بالثمن إلى أيام فلا بيع، له انفاذ البيع وسقوط الشرط، عجل النقد أو أخّره، ويقضى عليه بالنقد[4].

قوله: (**وقد أجاز مالك تأخير الكيل...**) المسألة.

ظاهره من غير كراهةٍ، وظاهره لعذر أم لا، فيقيده ما قبله، استدل به على

---

(1) المشدالي: قد تقدم في الآجال ما ذكرناه من ذلك عن النوادر فانظره.

(2) التهذيب: 3/436.

(3) المقدمات الممهدات: 1/450.

(4) التهذيب: 3/439.

قوله: **(لا أفسخ)**، واستدل بقوله: **(إن لم يأت)** على مسألة التأخير لعذر؛ من ركوب أو غيره.

فانظر: كيف يصح هذا الاستدلال؟

لأنه استدل بالجواز على الكراهة، واستدل بالكراهة على الجواز.

قلتُ: استدل بأمرين على أمرين؛ استدل بالتأخير على جواز التأخير لعذر، فإن قلنا بظاهر المدونة، ولم نقيِّدها بالتي قبلها، فيكون الاستدلال أَحْرَوِيّاً؛ لأنه إذا كانت مسألة تأخير الكيل جائزةً، ولو لغير عذر ولا كراهة، فأحرى في المستدل عليها لعذر.

وإن قلنا بتقييدها معناها لعُذر، فقد استدل بالجواز على الجواز في صورتين؛ وهو واضحٌ.

واستدل بمسألة: **(إن لم يأت)** على الشق الثاني إن كان لغير عذر.

قال فيه: لا يفسخ البيع كما ينفذ البيع في مسألة الدليل، فاستقام الاستدلال، وليس فيه استدلال بالجواز على الكراهة، ولا بكراهة على الجواز.

ولا بأس أن يؤاجر الحر أو العبد أجلاً معلوماً بطعامه في الأجل، أو بكسوته فيه، وكذلك إن كان مع الكسوة أو الطعام دنانير، أو دراهم، أو عروض بعينها؛ جاز ذلك إذا كانت العروض معجلة، وإن كانت عروضاً مضمونة بغير عينها؛ جاز تأخيرها إن ضربا لذلك أجلاً[1].

قوله: **(ولا بأس أن يؤاجر الحر أو العبد بطعامه أو كسوته)**.

(1) التهذيب: 3/ 441.

القابسي: انظر هل عليه أن يرد ما عليه من الكسوة إذا انقضت الإجارة كالقراض؟

ينبغي أن يكون كمن باع عرضاً بعرض فاستحق أحدهما.

وقد علمْتَ ما في قذفها ونكاحها من هذا المعنى[1].

وكلام الشيوخ في لزوم الكسوة والنفقة معلوم[2].

وفي سماع سحنون من كتاب الجعل فيمن دفع لرجل فرساً على أن يعلفه سنةً بستة دنانير، هل يجوز ذلك؟

قال: لا بأس به في الفرس وفي العبد يعطيه سيده رجلاً على أن يكْفِيَهُ عولته من عنده سنة بكذا وكذا؛ فذلك جائز.

ابن رشد: هذا صحيح على ما في المدونة من إجازة كراء الدابة بعلفها، والأجير بطعامه، واستغنى فيه عن الوصف بالعرف[3].

وفي سماع أشهب من الرواحل - فيمن يتكارى دابة لمكة في كل يوم بدرهم - قال: ما هذا من بيوع الناس.

قال: لعله سيمكث بذلك شهرين، ولو ضرب لذلك أجلاً لم يكن به بأس.

---

(1) المشدالي: أشار إلى مسألة (مَنْ دفع إلى زوجته نفقة سنة وكسوتها، ثم مات أحدهما بعد يوم أو يومين أو شهرٍ أو شهرين).
انظرها أوائل القذف، وانظر الشيخ هناك.

(2) المشدالي: قد تقدم مستوفى في محله من هذا التقييد.

(3) انظر: البيان والتحصيل: لابن رشد: 8/ 493، 494.

قيل لمالك: لو قال: أتكاراها منك شهراً كل يوم بدرهم.

قال: لا بأس بذلك.

ابن رشد: أما إن تكاراها شهراً كلَّ يوم بدرهم؛ فلا يجوز ذلك هنا،وأما إذا اكتراها منه إلى مكة كل يوم بدرهم؛ فمنعه هنا.

وأجاز في المدوَّنَة كراء الراحلة بعلفها إلى موضع، وذلك اختلافٌ من القول، إذ لا فرق بين المسألتين؛ لأنه إذا أبطأ في السير كثر عليه العلف، وإن عجَّل فيه قل العلفَ، فآل[1] ذلك إلى الجهل بمبلغ الكراء.

ولو اكترى منه الدابة بعلفها إلى مكة، أو كل يوم بدرهم - أسرع في السير أم أبطأ - فيه لم يجز اتفاقاً.

فالخلاف إنما هو إذا وقع الكراء مبهماً دون بيان، فحمله[2] في هذه الرواية على الظاهر من الوصول إلى مكة قرب أم بعد فمنعه، وحمله في المدونة على الوصول على السير المتعارف فأجازه[3].

قوله: **(جاز إذا ضربا لذلك أجلا)**.

زاد ابن يونس: **(كأجل السلَم)**، فهذا نص أن المنافع رأس مال السلم، وكذا العِدَةُ بطعام مضمون.

---

(1) في (ش): (مآل).

(2) في (ع): (فحمله).

(3) انظر: البيان والتحصيل: 9/102، 103.

ومن أكرى إبله بطعام مضمون ولم يضرب له أجلاً، ولا ذكر موضع قبضه، فإن لم يكن للناس في ذلك سُنَّة معروفة، لم يجز، إلا أن يتراضوا على أمر جائز[1].

قوله: (**وإن لم يكن للناس سُنَّة معروفة**).

مفهومة: لو كانت لجاز، فيقوم منه مثل ما روى ابن أبي جعفر عن ابن القاسم فيمن أسلم في شيء، ولم يضرب أجلاً ولهم وقت معروف يقبض فيه، جاز.

قالوا: وهذا إذا كان العرف تأخير هذا إلى مثل أجل السلم، وأما إن كان العرف النقد، أو لا عُرفَ لم يجز؛ لأنه سلمٌ حالٌّ[2].

نبَّهَ عليه فَضْلٌ.

وقوله: (**إلا أن يتراضوا**).

يريد: بعد فسخ الأول، والأمر الجائز أن يضربا أجلاً كأجل السلم، أو غير ذلك مما يجوز.

الشيخ: ليس في كتبي[3]: (**من ذي قِبَلْ**)، ومعناه: في المستقبل.

وكل من ركب أو حُمل في كراء فاسد فعليه كراء المثل[4].

قوله: (**كل من ركب...**) المسألة.

---

(1) التهذيب: 3/443.

(2) قوله: (حال) ساقط من (ش).

(3) في (ع): (كتابي).

(4) التهذيب: 3/443-444.

هكذا أطلق في مواضع، وقيَّدَه في الدور، فقال: **(إذا قبض لزمه الكراء ولو لم ينتفع بها)**.

ومن اكترى من رجل على حمولة إلى بلد، فليس له صرفها إلى غير البلد الذي اكترى إليه - وإن ساواه في المسافة والصعوبة والسهولة - إلا بإذن الكري، ولم يُجزِه غيره وإن رضيا؛ لأنه فسخ دين في دين، إلا بعد صحة الإقالة(1).

قوله: **(فليس له صرفها...)** المسألة.

قلتُ: تقرير الإشكال أن يقال: إنه جَعل الإذن شرطاً في الجواز.

فنقول: تساوي المسافتين إما أن يستلزم الدين بالدين، فيلزم المنع ولو وقع الإذن، ضرورة عدم تأثير الإذن في إجازة الممتنع، أَوْ لاَ يستلزم فيلزم الجواز ولو لم يأذن، كمسألة الجعل التي أشار إليها ابن أبي زمنين وأنها معارضة لها(2).

---

(1) التهذيب: 3/447.

(2) المشدالي: مسألة الجعل التي عارض بها ابن أبي زمنين هي قوله في كتاب الجعل: (ومن استأجر عبداً للخدمة جاز أن يؤاجِرَه في مثل ذلك)، فإنَّ ظاهره أن ذلك جائز سواء رضي العبد بذلك أم لا، وذلك خلاف شرطه الإذن هنا، فإن انتقاله لطريق مساواته للأولى كانتقاله لعمل آخر، فإما أن يشترط الإذن ففيهما وإلا فلا فيهما.
المشدالي: وفي رسم (الصدقة والأحباس) من سماع أصبغ من التفليس: قال مالك - فيمن استأجر أجيراً يستتجره -: لا بأس به.
ابن رشد: هذا صحيحٌ؛ ومعناه: إذا كان ما استأجره فيه من نحو العمل الذي استأجره فيه فيجوز إذا رضي الأجير على ما في رواحل المدونة في (من اكترى دابة إلى =

فإن قيل: ما الفرق بين حمله غير ما سمى صرح به بعد أنه يجوز، وظاهر هذه[1] أنه يسوغ له ذلك ابتداء لا بعد الوقوع وبين المسافة لا يسوغ [47/ب] له صرفها ولو تساوى.

قلت - وصوَّبه شيخنا أبو عبد الله -: قد قرَّر في المدونة أن اختلاف البلدان بمنزلة الآجال، واختلاف الأماكن كذلك، كما لو أكرى له أن يسير يوماً فسار يومين، بخلاف اختلاف الشيء المحمول، فكأنه اختلاف في صفة وهو خفيف[2].

وفي سماع سحنون عن عليٍّ بن زياد - فيمن استعار دابة لبلد، فركبها لغيره فعطبت - إن ركبها لمثل البلد الأول في السهولة، والحزونة لم يضمنها.

ابن رشد: قوله لم يضمن[3] يدلُّ على أنه غير متعَدٍّ في ركوبها لغير ذلك البلد إذا كان مثله في السهولة، وأنَّ له أن يفعل ذلك ابتداءً.

ولابن القاسم في المبسوطة أنه يضمن.

وهو الذي يأتي على ما في رواحلها أنه (**ليس له صرفها...**) المسألة.

ويأتي على رواية عليّ هذه أنَّ من اكترى دابة لبلد، أن له أن يركبها لبلد

=

بلد ليس له صرفها إلى آخر إلا برضى المكري)، وقيل: له ذلك وإن كره الكَري إذا كان مثله، وهو قول مالك في أول رسم من سماع ابن القاسم من الجعل.

وقال غيره في رواحل المدونة: (لا يجوز ولو رضي)، فهذه الثلاثة تدخل تحت هذه المسألة.

(1) قوله: (وظاهر هذه) يقابله في (ع): (وظاهره).

(2) المشدالي: فيه نظر.

(3) قوله: (لم يضمن) يقابله في (ع): (لا ضمان).

آخر مثل الأول[1].

وإن اكتراها يوماً فحبسها أياماً أو شهراً وردها بحالها، فلربها كراء اليوم، والخيار في أخذ قيمتها يوم التعدي، أو قيمة كرائها فيما حبسها فيه من عمل، أو قيمة حبسه إياها بغير عمل ما بلغ ذلك، وإن لم تتغير[2].

قوله: **(فحبسها أياماً أو شهراً)**.

القابسي: انظر: قال هنا: **(إذا حبسها شهراً فعليه قيمتها، وإن لم تتغير في يده)**.

وقال في الغاصب إذا أتى بالدابة على حالها: **(لم يضمن)**، فجعل غصب المنافع أشد من غصب الرقبة، ولعله يرى أن المكتري مؤتمن على الدابة فشدد عليه؛ لئلا يتطرق الناس إلى ما في أمانتهم فيتعدَّوا عليه.

وإذا بلغ المكتري الغاية التي اكترى إليها ثم زاد ميلاً ونحوه، فعطبت الدابة، فلربها كراؤه الأول، والخيار في أخذ قيمة كراء الميل الزائد ما بلغ، أو قيمة الدابة يوم التعدي[3].

قوله: **(ثم زاد ميلاً)**.

يعارضها مسألة الأسواط؛ إذ في كل منها زيادة في المقدار المنفصل غير

---

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 15/333، 334.

(2) التهذيب: 3/448-449.

(3) التهذيب: 3/448.

مأذون فيها فضمنه هنا، ولم يعتبر هل الهلاك من الزائد فقط أو من المجموع؟

وقال في مسألة الأسواط: **(إن زاد ما أعان على موته ضمن)**.

ولم يُجِب شيخنا أبو عبد الله محمد بن عرفة بشيءٍ، واعترف بورود المعارضة.

ومن اكترى دابة من مصر إلى برقة ذاهباً وراجعاً إلى مصر، فتمادى إلى إفريقية وعاد إلى مصر، فرب الدابة مخير في أخذ قيمة كرائها من برقة إلى إفريقية ذاهباً، وراجعاً إلى برقة ما بلغ مع كرائه الأول، أو نصف الكراء الأول، مع قيمتها ببرقة يوم التعدي، ردها بحالها أو تغير حالها؛ لأن سوقها قد تغير، وقد حبسها المكتري عن نفعه بها وعن أسواقها[1].

قوله: **(وقد حبسها المكتري عن نفعه)**.

ونحوه في الوديعة.

قلتُ: لا يبعد أن يؤخذ من هذه المسألة أن الوصي إذا عطَّل رَبْع اليتيم عن الكراء - مع إمكانه - أنه يغرمه؛ لتناول هذا التعليل له[2].

المتيطي: لو ترك المرتهن كراء الدار، ولم يكرها حتى حلَّ الأجل، ولكرائها خطب[3] وقدر.

---

(1) التهذيب: 3/450.

(2) المشدالي: انظر الأول من ابن سهل في مسألة إهمال الوصي رَبْع اليتيم ففيه كفاية.

(3) في الوثائق، لابن سلمون: (خطر).

قال أصبغ: لا شيء عليه[1].

فَضْلٌ: هذا أصل ابن القاسم.

ابن الماجشون: يضمن كراء مثلها من يوم ارتهنها؛ لأنه تعمد إخلاءها، ما لم يكن الراهن عالماً بذلك؛ لأنه رضي بذلك[2].

ابن سهل: لو ترك الوكيل جنات محجوره، وكرومه وأرضه، وأهمل عمارتها حتى تبوَّرت ويبست، فعليه قيمة ما نقص بتضييعه، كمن دفعت إليه دابة وعلفها.

ولو قيل له: اعلفها واسقها حتى أرجع من سفري، فتركها بلا علف حتى ماتت ضمنها[3].

قلت: ونقل أبو إبراهيم عن النوادر: لا ضمان عليه في الدابة، وأنه من باب الغرور بالقول[4].

---

(1) انظر: الوثائق، لابن سلمون: 2/226.

(2) انظر نفس الموضع في المصدر السابق.

(3) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 125.

(4) المشدالي: الذي حكاه في النوادر عن كتاب محمد في أواخر كتاب الغصب مثل ما ذكر ابن سهل.
قال ما نصُّه: ولو دفع إليه عَلَفاً، فقال: اعلف به حماري هذا أياماً - سمَّاها - حتى أقدم من سفري، وسلم إليه الحمار، فتركه بلا علف حتى مات؛ لكان ضامناً، وأما لو قال: اسق دابتي أو اعلفها، فقال: "قد فعلت"، ولم يفعل حتى ماتت الدابة جوعاً وعطشاً؛ لم يضمن، وكذلك في كل ما يقول فيه: "قد فعلتُ" ولم يفعل، وإن أقر بالتعمد لأنه لم يدفعها إليه، وكأنه قال له: "قد سقاها فلان". اهـ.
فانظر! إنما ذكر عدم الضمان حيث لم يُسلِمها إلى المأمور بل بمحض الغرور بالقول، =

قلت: قال ابن هشام: سئل يحيى بن عمر عمن أعطى أرضه لرجل بنصف، فعطلها وتركها بوراً حتى فات زمانها، هل على المناصف كراء نصف الأرض؟

فقال: لا أرى عليه شيئاً في مثل هذا، وما أراه إلا آثماً فيما خدع به صاحب الأرض.

قلت: وقال في الطرر عن محمد - فيمن حبس وثيقة عنده بحق لرجل، فلم يدفعها له حتى مات، أو افتقر صاحبها -: ضمن ما فيها.

وإذا اختلف المتكاريان قبل الركوب، أو بعد مسير لا ضرر في رجوعه، فقال المكري: أكريتك إلى برقة بمائة، وقال المكتري: إنما اكتريت منك إلى إفريقية بمائة، تحالفا وتفاسخا نَقَد الكراء، أو لم ينقده[1].

=

وأما إذا أسلمها إليه ودفع إليه علفها فلم أر في النوادر وغيره في ذلك إلا الضمان، كما أشار إليه ابن سهل رحمه الله.

وانظر: الشيخ، في (حريم البئر) في المرأة تترك رضاع ولدها حتى مات عطشاً.

وانظر مسألة الزوج يترك زوجته بغير إنفاق في السنة الشديدة - حيث لا وليَّ يكفلها، ولا حاكم يحكم عليه بالإنفاق عليها - حتى ماتت جوعاً، فسئل عنها شيخ شيوخنا الشيخ الفقيه الصالح أبو زيد عبد الرحمن الوغليسي: هل يحكم على الزوج من أجل ذلك بحكم قاتل العمد فلا يرثها مطلقاً؟ أو بحكم قاتل الخطأ فيرث من المال دون الدية؟

فأجاب: إن علم أنه قادر على نفقتها، ولا تجد من يطعمها، فهو ضامنٌ، ولا يرث من مالها شيئاً.

(1) التهذيب: 3/451.

قوله: (تحالفا وتفاسخا).

ظاهره من غير مراعاة الأشبه، وهو أصل ابن القاسم في اختلاف[1] المتبايعين؛ أنه لا يراعى الأشبه مع قيام السلعة، وهذا الباب كذلك.

وإذا اختلفا في المسافة فقط فقال المكري: إلى برقة - وقد بلغها - وقال المكتري: إلى إفريقية، فإن انتقد الكراء فهو مصدق إن أشبه أن يكون كراء الناس إلى برقة بمائة درهم، ويحلف، وإن لم يشبه إلا قول المكتري كان للجمال حصة مسافة برقة على دعوى المكتري بعد أن يتحالفا، ولا يلزمه التمادي[2].

قوله: (لا يلزمه التمادي).

لأن ما بقي كسلعة قائمة بيد المبتاع.

وانظر على هذا مَن اشترى سلعاً[3] ثم اختلفا في الثمن، وقد فات بعضها، وبعضها لم يفت.

وكذلك قيام الصناع بالأجر بحدثان رد المتاع، فإن قبض المتاع ربه، وتطاول ذلك؛ فالقول قول رب المتاع، وعليه اليمين[4].

قوله: (وكذلك قيام الصناع بالأجر بحدثان...) المسألة.

---

(1) قوله: (في اختلاف) يقابله في (ع): (فاختلف).

(2) التهذيب: 3/452.

(3) في (ش): (سلعة).

(4) التهذيب: 3/454.

نحوه في سماع ابن القاسم من المساقاة - فيمن ساقى رجلاً لسنتين[1] أو ثلاثاً، فلما فرغ قال رب الحائط: لم يدفع إليّ ثمره - قال مالك: إن كان قد جد، فلا شيء له.

ابن رشد: لأن المساقي مصدق مع يمينه في دفع حظه من الثمرة؛ لأنها في أمانته لا في ذمته كالمودع في ردها، ويحلف العامل قَرُب الجد أو بعد[2].

وفي سماع أشهب - فيمن طلق زوجته وهي حامل، فأقام أشهراً ثم بارأها على أن عليها رضاع ولدها، فطلبته بنفقتها لما مضي من الشهور قبل المبارأة - ذلك لها، وأما بعد مبارأتها فإنه يعرف أنه لم يكن تبعها[3] الرضاع، ويعطيها هذا.

ابن رشد: أما ما مضى من نفقة حملها قبل المبارأة، فبيِّنٌ أن ذلك لها كما قال؛ لأنها قد وجبت لها فلا تسقط إلا بما تسقط به الحقوق الواجبة.

وأما نفقة ما بقي من الحمل بعد المبارأة، فجعلها تبعاً لما التزمت له من رضاعه؛ بما دل على ذلك من العرف والمقصد.

فإن وقع الأمر مسكوتاً عليه فلا شيء لها.

وإن اختلفا صُدِّق الزوج بيمينه.

وهذا نحو[4] قولهم فيمن أكرى داراً مشاهرةً، أو مساقاةً إن دفع كراء سنة، أو شهر براءةً للدافع مما قبل ذلك.

---

(1) في (ش): (سنتين).

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 12/143.

(3) في البيان والتحصيل، لابن رشد: (يمنعها).

(4) في (ش): (الحق).

وكذا لو طلقها وهي حامل، ولم تخالعا فدفع لها نفقة الرضاع لكان ذلك براءة من نفقة الحمل المتقدمة(1).

وإن عجل له الكراء من غير شرط، فلا رجوع له فيه، فإن أراد أحدهما نقد البلد الذي بلغا إليه، وطلب الآخر نقد بلد التعاقد، قُضي بنقد البلد الذي انعقد فيه الكراء(2).

قوله : **(قُضي بنقد بلدٍ عقد فيه الكراء).**

قال في سماع أشهب من الوصايا - فيمن أوصى لرجل بما يصيب رجلاً

---

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 5/ 251، 252.

وزاد المشدالي بعده: ومسألة المبارأة ذكرها أيضاً في النوادر - في كتاب العدة والنفقات - على ما أشار إليه في العتبية.

وذكر اللخمي فيمن خالع امرأته على أنها إن ولدتْ فعليها نفقته في الحولين؛ فقال مالك في المبسوط: ليس لها أن تطلبه بنفقة الحمل، وقال ابن القاسم وابن الماجشون والمغيرة: لها نفقة الحمل، واختاره اللخمي؛ لأنهما حقان أسقطت أحدَهما وبقي الآخر.

زاد الباجي في قول مالك: "وليس لها أيضا أن تطلبه بالصداق"، وكذلك نقل عن المغيرة؛ قال: ووجه قولها أنها لما لم تشترط بقاء الصداق كان الظاهر إسقاطه؛ لأنه لم يرض منها بترك ما كان في ذمته حتى زادت نفقة الحمل، فيتحصل فيها بعد المبارأة قولان:

أحدهما: قول مالك في العتبية وفي المبسوطة.

والثاني: قول ابن القاسم ومن ذكر معه.

انظر مسألة العتبية في آخر سماع أشهب من التمليك.

(2) التهذيب: 3/456.

من ولده، وهم يومئذ خمسة، فمات بعضهم قبل موت الرجل، والوصية على حالها -: إن للموصى له ما يصيب رجلاً منهم يوم يموت الموصي، فإن ولد له ولد حتى يكون عددهم أكثر من يوم أوصى، فله أيضاً ما يصيب رجلاً، ولو هلكوا إلا واحداً، فهو حينئذ إن أخذ مثل ما يأخذ الرجل الباقي من ولده أخذ أكثر من الثلث.

قال مالك: ليس له[1] ذلك، ولكن له[2] الثلث حينئذ، وإنما ينظر في ذلك يوم يموت الموصي، فيكون له مصابة رجل يوم مات.

ابن رشد: هذا بيِّنٌ على ما قال: إنه إذا أوصى بمثل حظ أحد أولاده إن له مثل حظ أحدهم يوم وجوب الوصية له - قلَّ عددهم أو كثر - لا يوم أوصى؛ لأنه لم يوص له بجزء معلوم، ولو أوصى له بجزء معلوم، لكان له ذلك الجزء من ماله يوم وجوب الوصية له بموته، لا ينقص له ولا يزاد، هذا مما[3] لا خلاف فيه لوجهين:

أحدهما: أن القصد من الموصي في ذلك كله مفهومٌ معلوم.

والثاني: أن الموصي محمول على أنه علم بزيادة ماله [48/أ] ونقصانه، وبنقصان عدد[4] ولده وبزيادتهم، فأقر وصيَّته في ذلك كله على حالها، ولم يغيرها، فوجب أن يعتبر[5] في ذلك كله ما الأمر عليه يوم الموت لا يوم

---

(1) زاد بعده من: (ش) قوله: (إلا).

(2) قوله: (له) ساقط من (ش).

(3) في (ع): (ما).

(4) في (ش): (عن).

(5) في (ش): (تعتبر).

الوصية.

ومن هذا المعنى: إذا أوصى له بدنانير موصوفة، فحالت السكة بزيادة أو نقص، أو إلى خلافها في الصفة، أو أوصى له بكيل فزيد فيه، أو نقص منه قبل موته.

فروي عن ابن نافع فيمن أوصى بدنانير غير موصوفة أنه يخرج عنه من السكة الجارية يوم موته لا يوم وصيته.

وذلك عندي إذا[1] علم بما حالت إليه السكة قبل موته، فأقر وصيته ولم يغيرها، على ما قال ابن كنانة - فيمن أوصى لرجل بدنانير، فحال وزن الناس فصار يجوز بينهم أنقص من ذلك أو أوزن - أنه[2] إنما يعطى ما كان يجوز بين الناس يوم مات الموصي إن كان الموصي يعلم جواز الناس يومئذ، وإن لم يعلم، فإنما للموصى له الوزن الذي كان يعلم به الموصي.

قال: وكذلك في المكاييل تتغير.

وقد نزلت بطليطلة مسألةُ من أوصى لرجل بدنانير، فحالت السكة إلى سكة أخرى، فشووِرَ فيها فقهاء قرطبة، فأفتوا بوجوب الوصية في السكة الجارية يوم مات الموصي لا يوم أوصى.

وأقاموها من سكة الخَيْشِ والمِسْحِ والخريصة الواقعة آخر رسم **(أوصى)** من سماع عيسى[3].

---

(1) في (ع): (أنه).

(2) قوله: (إنه) زيادة من (ع).

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 13/71، 72.

قلت: ونصها: في رجل حضرته الوفاة، وفي بيته خيش ومسح مملوأين طعاماً، فقال: المسح الشعر أعطوه لفلان، هل يأخذه بالطعام أو بلا طعام؟

قال: بل بالطعام.

قيل: فلو قال الخريطة الحمراء أعطوها لفلان، وهي مملوءة دنانير؟

قال: تكون له الخريطة وما فيها. اهـ(1).

وتكلم عليها ابن رشد بمعنى لا يرجع إلى السكة، وقال هنا:- متصلاً بما تقدم -: وليست تشبهها؛ لأن الوصية بذلك إنما كانت بحضرة وفاته، والخيش والمسح مملوآن طعاماً، والخريطة مملوة دراهم، وإنما كانت تشبهها لو أوصى بها والخيش والمسح مملوآن، والخريطة مملوءة وما أشبه ذلك، فمسألة الذي أوصى بجزء من ماله، أو بمثل نصيب أحد ولده أشبه بها(2).

المتيطي: لو اكترى داراً كل شهر بكذا، فاستحالت السكة وتمادى المكتري في السكنى، وسكتا جميعاً حتى مضى مدة، وكانت السكة التي استحالت أحسن من القديمة التي وقع العقد عليها، فهل يجب الكراء للمكري من القديمة؟ أو من الحادثة؟

فقال ابن سهل: له من السكة القديمة التي عقدا عليها الكراء، كما لا حجة لبعض على بعض بغلاء أو رخص، ولا يحتمل النظر غير هذا، ولا يجوز على الأصول سواه(3).

---

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 13/122.

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 13/72.

(3) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 317، 318.

وزاد المشدالي بعده: قال ابن سهل بإثر ما تقدم: ولو جاز أن يقال: إن للمكري ما =

قلت: وهذا في الصحيح، وأما الفاسد فنصَّ عليه عبد الحق في نكته أواخر الدور.

وإن كان رد الطعام مع المكاري، فأصاب الطعام تلف من السماء، أو من غير السماء لم يلزم المكاري شيء؛ لأن رب الطعام معه[1].

قوله: **(وإن كان رد الطعام مع المكاري)**.

قلت: وهنا بحث وهو أن يقال: يلزم من هذا الكلام صحة إجارة الدنانير والدراهم إذا لازمها المالك كقول الأبهري[2].

بيان الملازمة: أن حضور المالك هنا رافعٌ لتهمة الضمان، كما أن علة منع إجارة الدنانير سلف جر منفعة، بتقدير غيبة المستأجر عليها، وانتفاعه بها، ورد مثلها مع الأجرة، وذلك عين السلف الجارّ للنفع، فحضور المالك يرفع الغيبة عليها، فلا سلف جر نفعاً؛ فيلزم الجواز إعمالاً للعكس في العلل، وهو هنا انتفاء المنع لعدم علته الخاصة.

= استحال إليه النقد؛ للزم وجوب فسخ الكراء بينهما؛ لأنه كان يؤول سكوتهما إلى فساد علمهما بجهل ما يقضى به في السكنى من الكراء بالسكة الحديثة؛ لأنها إما أن تكون أجود أو أردأ، والمجهول في الكراء لا يجوز، كما لا يجوز في البيع، وهذا بيِّن في النظر مطرِّدٌ في القياس لمن اعتبر.

انظره في تراجم الأكرية من البيوع.

وانظر المسألة أيضاً في شرح التهذيب للشيخ أبي الحسن في كراء الدور في الورقة السابعة منه.

(1) التهذيب: 460/3.

(2) قوله: (كقول الأبهري) يقابله في (ع): (كما تقوله).

قلتُ: الجواب أن يقال: لا نسلم انتفاء علة المنع.

قولهم: حضور المالك يرفعها.

قلنا: ممنوعٌ؛ لأن السلف لا ينافي رد العين.

وقد غفل ابن عبد السلام عن هذا هنا، وقد أشار إلى مطلع هذا البحث هنا رَحِمَهُ اللَّهُ.

ومن اكتُريت منه دابة أو ثوراً للطحين، فكسر المطحنة لمّا ربطته فيها فأفسد آلتها، لم يضمن إلا أن يغرك، وهو يعلم ذلك منه فيضمن[1].

قوله: (فكسر المِطْحنة).

سئل ابن عبد السلام عن امرأة اكترت مطمراً[2] فخزنته، فوجدت القمح مسوِّساً، وصاحب المطمر عالم بأنه مسوِّسٌ.

فأجاب: بأنه يضمن، ونحى في جوابه إلى مسألة المدونة هذه.

قلت: هذه المسألة منصوصة بعينها، ونحن لا نطول[3] ببعد المراحل، وكفى في نقلها للقاصرين تصريحُ[4] شيخنا ابن عرفة بنقلها في باب المزارعة

---

(1) التهذيب: 3/462.

(2) قال ابن منظور: "المَطْمُورةُ حفيرةٌ تحت الأَرض، أَو مكانٌ تحت الأَرض قد هُيِّئَ خَفيّاً يُطْمَرُ فيها الطعامُ والمالُ أَي يُخْبأُ وقد طَمَرتها أَي مَلأْتها غيره، والمطَامِيرُ حُفَرٌ تُحْفر في الأَرض تُوسّع أَسافِلُها تُخْبأُ فيها الحبوبُ".

انظر: لسان العرب: 4/502.

(3) قوله: (لا نطول) ساقط من (ع).

(4) في (ش): (بصريح).

من مختصره[1].

ولا بأس أن يكتري محملاً، ويشترط عقبة الأجير[2].

قوله: (**يشترط عقبة الأجير**).

قلتُ: في سماع عيسى من الرواحل: في الرجل يريد أن يعقب الرجل في شق محمله[3] ويأبى الجمّال؟

---

(1) المشدالي: قال فيه ما نصُّه: وأظن في نوازل الشعبي: من باع مطمورة دلَّس فيها بعيب التسويس، فخزن فيها المبتاع فسوس ما فيها؛ لا رجوع له على البائع بما سوس فيهاز قال: ولو أكراها منه لرجع عليه. اهـ.
المشدالي: وقال ابن عرفة - أيضاً - في كتاب الإجارة من المختصر: وفي نوازل الشعبي: قال محمد بن عبد الملك الخَوْلاني: من باع خابية دلَّس فيها بكسر، وعلم أن المشتري يجعل فيها زيتاً، فجعله المشتري فيها فانهرق من كسرها؛ لا ضمان عليه، كما لو دلس في بيع عبد بسرقته، فسرق من المشتري شيئاً؛ لم يضمنه بائعه، ولو أكراه الخابية كذلك ضمن الزيت لغروره.
قلت: قوله في كراء الخابية يقوَّم من مسألة كسر الثور المطحنة بربطه المكتري.
المشدالي: فحاصل الفرق أنه في الشراء بمنْزلة سرقة العبد في أن الإتلاف ناشىء عن متعلق المبيع لا عن عينه.
وفي الكراء بمنْزلة موت العبد بالإباق المدلس به، في أن الهلاك ناشىء عن عيب التدليس في نفس المبيع، والمبيع في الكراء هو منفعة حفظ الطعام، وذلك وِزان رقبة العبد، بخلاف شراء رقبة المطمر أو الخابية، فإن المنفعة إذ ذاك تصير من توابع المبيع لا عينه؛ فكانت كسرقة العبد كما قال.
انظر جامع الأحكام في مسائل العيوب.

(2) التهذيب: 3/466.

(3) هٰهنا يبدأ سقط من (ع).

قال: ذلك له إذا حمل مثله، وليس للجمال منعه.

قال أصبغ: إن أعقب راكباً مريحاً كان له ذلك، وإن أعقب ماشياً، فليس له ذلك؛ لأن ركوبهما مختلف في الضرر على البعير.

ابن رشد: الظاهر من قول ابن القاسم أن له أن يعقب ما شاء إذ لا غرض لأحد في أن يعقب راكباً

وقول أصبغ هذا هو القياس.

ووجه قول ابن القاسم أنه معروف قد جرى عليه الناس، فكأن الكري دخل عليه، وذلك إذا فعله المرة بعد المرة.

ونصَّ عليه في كتب ابن المواز[1].

ولو هرب بإبله والكراء أو غيّرها، تكارى لك عليه الإمام، ورجعت بما اكتريت به عليه[2].

قوله: **(ولو هرب بإبله)**.

القابسي: وكذا ينبغي فيمن حل عليه أجل السلم أو غيرِه وهرب وتغيب أن يُعْدى عليه في ماله ويباع، ويشترى لرب السلم سلمه.

وإن لم يكن له مال يعدى فيه قضي لرب السلم أن يسلفه من عنده، فيشتري له متاعه ويتبعه بما أسلفه، ولا يكون سلفاً جر نفعاً للضرورة.

ومعنى مسألة المدونة إذا كان الكراء معيَّناً، وإن كان غير معين[3] لم يجز؛

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 9/ 121

(2) التهذيب: 3/ 467.

(3) في (ش): (معيناً).

لأنه لا ينتقل لمعين ولا مضمون، ولا تبيحه ضرورة كما لا تبيح لمن باع دابة بعد أن أكراها أن يأتي بغيرها.

وهذا إذا كان له مال يعدى فيه.

وإن كان فقيراً لم يجز ذلك عليه، ووجب إنظاره إلى ميسرة.

وقاله مالك فيمن اكترى على حمل متاع، أو طعام عند وكيله ببلد آخر، فلم يجد الجمال الوكيل، فإن الإمام يتلوم له بغير ضرر، فإن جاء الوكيل وإلا أكرى الإبل للمكتري وكان الكراء له، وإن لم يجد كراء تركها، وكان للجمال جميع كرائه، ولو رجع الجمال ولم يرفع ذلك إلى السلطان وبالبلد سلطان، فليرجع ثانية فيحمل، وإن لم يكن بها سلطان فتلوم الكري وانتظر وأشهد، كان ذلك له عذراً، وله الكراء، ولا يرجع[1].

قوله: **(وأشهد كان له عذراً)**.

انظر ما كتبنا في الأيمان والنذور.



(1) التهذيب: 3/468.



كتاب الدور

كتاب الدور

قال ابن القاسم: ومن اكترى داراً أو أرضاً وفيها سدرة أو دالية، أو كان في الأرض نبذ من نخل أو شجر، ولا ثمرة فيها حينئذ، أو فيها ثمرة لم تزه، فالثمرة للمكري، إلا أنه إن اشترط المكتري ثمرة ذلك، فإن كانت تبعاً مثل الثلث فأقل جاز ذلك، وبلغني توقيت الثلث عن مالك، فأما في سؤالي إياه فلم يبلغ به الثلث، ومعرفة ذلك أن يقوَّم كراء الأرض أو الدار بغير شرط الثمرة، فإن قيل: عشرة، قيل: ما قيمة الثمرة فيما عرف مما تطعم كل عام بعد طرح قيمة المؤونة والعمل؟ فإن قيل: خمسة فأقل، جاز ذلك. وهذا كالمساقاة إذا كان معها بياض قدر الثلث فأدنى، في قيمة كرائه من قيمة الثمرة على عرف نباتها بعد إلغاء قيمة مؤونتها، جازت المساقاة فيه. وإن كانت الثمرة أكثر من الثلث لم يجز للمكتري أن يشترطها، إذا كانت غير مزهية، فإن وقع فالثمرة لرب الأرض، وللمكتري أجر ما سقى [وعالج]، وعليه قيمة كراء الأرض بلا ثمر، إن كان قد زرعها، ولو كانت الثمرة مزهية، جاز للمكتري اشتراط جميعها، وإن جاوزت الثلث لجواز بيعها مفردة[1].

في نوازل أصبغ - في الرجل يكتري الدار، أو الأرض وفيها شجرة، وهي تبع لكراء الدار ولكراء الأرض، فأراد أن يستثني الشجر مع الأرض ولم تطب

(1) التهذيب: 3/ 471 و472.

- قال: إن كانت الشجرة تطيب قبل أن ينقضي كراء الأرض والدار، فلا بأس [48/ب] أن يستثنيها، وإن كانت لا تطيب إلا بعده لم يجز.

ابن رشد: هذا كما قال، ومثله في الواضحة، وهو مما لا خلاف فيه.

ابن حبيب: لو اكتراها لأعوام واستثنى ثمرتها، فانقضت السنون، وفيها ثمرة قد طابت أو لم تطب، فهي للمكتري بشرطه، ولا أعرف ما يخالف قوله.

ووجهُه أن الكراء قد صحَّ على الشرط من أجل ما يطيب من الثمرة في مدة الكراء، فوجب أن يكون له ما يطيب بعد انقضائه(1).

المتيطي: فإن استثنى رب الأرض منها شجراً بأعيانها لنفسه، وأدخل ما عداه في الكراء، منعه ابن العطار، وأجازه ابن أبي زمنين، وزاد وقال: إن له أن يستثني أحواطاً معينةً من الأرض المكتراة، ويشترط حفرها وحرثها وسقيها على المكتري، ولا يجوز أن تكون الزريعة من عند المكتري؛ لأن كراء الأرض بما يخرج منها.

ومن اكترى أرضاً وفيها زرع، أو بقل لم يطب، فاشترطه، فإن كان تافهاً جاز، ولا أبلغ به الثلث، وإذا كانت الثمرة تبعاً فاشترط المكتري نصفها لم يجز، وإنما جاز إذ هي تبعٌ أن تلغى بالسنة(2).

قوله: (بالسّنّة).

انظر المسألة هنا؛ هل هي في جنس هذه الأحكام كالمساقاة، ومال العبد، وبيع النخل وفيها ثمر مأبور؟

---

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 9/ 54.

(2) التهذيب: 3/ 472.

وأما هذه المسألة - أعني مسألة الدار - فأين السنّة فيها؟

وجائز في المساقاة اشتراط ما خرج من البياض بينهما؛ لأن العمل والزريعة من عند العامل، ومن اكترى أرضاً فيها سواد هو الثلث فأدنى، فاشترط نصف السواد لم يجز[1].

قوله: **(وجائز في المساقاة اشتراط ما خرج)**.

هذا جواب عن سؤال مقدر كأنه قيل له: ما الفرق بين عدم جواز استثناء نصف الثمرة، وجواز كون ما يحصل من البياض بينهما مع استلزامه نصفه للمكترى؟

لأن العامل بمنزلة المكتري، والمساقي بمنزلة المكري.

فقال في الجواب: لأن العمل والزريعة على العامل، بخلاف المكتري.

فقال في الجواب: لأن العمل والزراعة على العامل، بخلاف المكتري.

قلت - وصوَّبَه شيخنا أبوعبد الله -: هذا التعليل يلزم في مسألة الدار؛ لأن العمل على المكتري، فيلزم أن تكون الثمرة بينهما.

فأجاب بأنا لا نسلم أن العمل على المكتري بل على رب الدار؛ ألا ترى أنا لما قوَّمنا الثمرة قد أسقطنا العمل الذي يلزم المكري، فهذا دليل على أن العمل عليه.

قلت: هذا التعليل الذي علل به في المدونة إن سلَّم اللخميُّ صحته يلزم منه سقوط اعتراضه على ابن القاسم؛ حيث قال: إسقاط ابن القاسم العمل

(1) التهذيب: 3/ 473.

خطأ، ألا ترى أنه أحد العوضين، فإنه في المدونة لم يفرِّق إلا بعدم العمل في مسألة الكراء وثبوته في المساقاة، ولذا امتنع تنصيف الثمرة، وصح تنصيف ما يخرج من البياض مع اشتراط التبعية فيهما.

ولا يتمشى جواب الشيخ على صحة اعتراض اللخمي.

ونص كلام اللخمي على ما نقل المغربي: وقوله: في المساقاة: **(يحط من قيمة الثمرة قدر السقي والصلاح)** غلطٌ؛ لأن السقي والصلاح ثمن الثمرة، وكيف يصح أن يحط أحدهما من الآخر! اهـ.

ولو شرط أن ما عجز عنه المكري أنفقه الساكن من عنده لم يجز، ولو شرط أن عليه ما احتاجت الدار من يسير مرمّة أو كسر خشبة، فلا خير فيه، إلا أن يكون ذلك من كرائها[1].

قوله: **(إلا أن يكون ذلك من كرائها)**.

القابسي في تعليقته قال: انظر إذا كان الكراء إنما يُقبَض يوماً بيومٍ، وكانت العادة تأخيره إلى آخر السنة، فقد تحتاج الدار إلى مرمّة أول السنة بجميع الكراء، فهذا غررٌ لا يدرى متى يدفع الكراء، وبهذا كان الشيوخ قديماً يعارضونه.

وفي العتبية - فيمن اكترى داراً وفيها[2] خراب، فاشترط المكتري على رب الدار تعميرها من الكراء، لا بأس به، فإن بدا لصاحب الدار بعد وقال: إما أن تسكن كذلك، أو أخرج -: لم يُسمَع.

---

(1) التهذيب: 3/473.

(2) هنا ينتهي السقط من (ع).

ابن رشد: هذا صحيح على ما في المدونة في أنه **(يجوز أن يكتري الرجل الدار بعشرين ديناراً على أنها إن احتاجت لمرمّة رمّها من عشرين دينار)**.

زاد في النوادر في هذه المسألة: قال محمد: إذا عرف البناء، لأن البناء ليس كالمرمَّة.

يريد محمدٌ أن ذلك لا يجوز إلا بوصف البناء الذي تبنى به تلك المواضع، ويعمرها من الكراء، بخلاف المرمة[1].

والذي أقول به؛ أنه يجوز وإن لم يوصف البناء كالمرمَّة سواء؛ لأن المكتري كالوكيل له على ذلك، فإذا بنى تلك المواضع وعمَّرها بالبناء على الهيئة التي تشبه أن يبنى عليها لزمه، كمن وكل رجلاً على أن يشتري له ثوباً أو جاريةً، فاشترى له ما يشبه أن يشترى له[2]، لزمه، ولو وصف البناء لكان أحسن[3].

وإذا اكترى رجلان داراً بينهما، فلأحدهما أن يكري حصته. قال مالك رَحِمَهُ اللَّهُ: ولا شفعة فيه لشريكه بخلاف البيع[4].

قوله: **(فلأحدهما أن يكري حصته)**.

قلتُ: ظاهره؛ ولو من غير شريكه، وأنه لا يكون شريكه أحق به

---

(1) في (ش): (المرائحة).

(2) في (ع): (أي).

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 9/15، 16.

(4) التهذيب: 3/474.

من الغير.

وهو خلاف ما في سماع ابن القاسم في رجلين تكاريا أرضاً ليزرعاها، فبدا لأحدهما أن يكري حصته منها.

قال: إن شريكه[1] أولى بها، وكذلك لو أن رجلين وهبت لهما ثمرة شجر عشر سنين حبساً، ثم أراد أحدهما بيعَ حصته من ذلك بعد الطلب[2]، فشريكه أولى[3]. انظره[4].

قال ابن القاسم: ومن اكترى داراً سنة، أو سنتين ولم يسمّ متى يسكن، جاز، ويسكن أو يُسكن غيره متى شاء، ما لم يأت من ذلك ضرر بيّن على الدار[5].

قوله: **(أو يُسكن غير متى شاء)**.

القابسي: ليس في الأمهات: **(متى شاء)** وإنما فيها: **(من شاء)**[6].

قوله: **(ما لم يأت من ذلك ضرر)** عائدٌ على سكنى الغير، وإلا فالكراء يلزمه من يوم عقد الكراء.

---

(1) في (ش): (أشركه).

(2) في البيان والتحصيل، لابن رشد: (بعدما تطيب).

(3) قوله: (فشريكه أولى) يقابله في (ش): (فأشركاه أولا).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 9/13، 14.

(5) التهذيب: 3/476.

(6) انظر: المدونة (زايد): 8/206، و(السعادة/صادر): 11/514، و(العلمية): 3/519.

وإذا اتخذ مكتري الدار فيها تنوراً يجوز له، فاحترقت منه الدار وبيوت جيرانه لم يضمن، وإن شرط ربها أن لا يوقد فيها ناراً، فأوقد المكتري فيها ناراً لخبزه فاحترقت الدار ضمن[1].

قوله: **(فاحترقت منه الدار وبيوت الجيران...)** المسألة.

قلتُ: في تعليقه القابسي: انظر؛ أليس العمد والخطأ في أموال الناس سواء؟

الجواب: إنما الخطأ الذي يلزمه ما تولى فعله بنفسه، وأما ما حدث عن فعله من وَقِيدِ نار ونحوه، فلا شيء عليه.

ثم ذكر ما سئل عنه أبو محمد من الفرق بين مسألة الجرة والتنور.

وقد ذكرناه في كتاب الصناع.

وأكره للمسلم كراء حانوته، أو داره من ذمي ليبيع فيها خمراً أو خنازير، أو دابته ليحمل ذلك عليها، أو ممن يعلم أنه يريدها لذلك، فإن فعل فالكراء فاسد[2].

قوله: **(أو من يعلم أنه يريدها لذلك).**

قلتُ: يؤخذ من هنا: أنه لا يجوز بيع ثياب الحرير لمن يعلم أنه يلبسها؛ إعمالاً لـ "فاعل السبب فاعل المسبَّب"، كما أشار إليه المازريُّ في حديث: **«إن من الكبائر شتم الرجل والديه»**[3].

---

(1) التهذيب: 3/ 477، 478.

(2) التهذيب: 3/ 479.

(3) المشدالي: قال ابن سهل في أوائل البيوع: سئل ابن عتَّاب عمن صناعته عمل ثياب الحرير؛ هل هو في سعة من عمل عمائم منه وشبهها مما لا يلبسه إلا الرجال؟ وهل

بيعها مباح له؟

فقال: لا بأس ببيعها وعملها وإن كانت مما يلبسها الرجال؛ لأنه قد يشتريها من لا يلبسها، ومن يصرفها في غير اللبس.

وفي ثُمانِيّة أبي زيد هذا المعنى.

قال أبو زيد: سئل عبد الملك عن بيع ثياب الحرير من الوشْي وغيره ممن يلبسها ولا يتحرج لباسَها من المسلمين؛ كقلانس وشْي الحرير، وجباب الحرير من الوشْي، وغير ذلك، هل ترى بأساً ببيع ذلك منهم؟ وهل ترى على بائعه شيئاً؟

قال: لا شيء عليه، وليس هذا مما يُنْهَى عن بيعه، قد يشتريه من يلبسه ومن لا يلبسه، وليس هذا بشيء.

ورأيته ضعّف ذلك.

وقال أصبغ مثله.

المشدالي: أما بيعها ممن يعلم أنه يلبسها ولا يتحرج منها فالصواب منعه كما يقتضيه لفظ الكتاب هنا، على ما قالوا في بيع العنب ممن يعصرها خمراً، وبائع السلاح من اللص والحربي، وأما التجر فيها على الجملة فلا خلاف في جوازه.

انظر الإكمال في اللباس.

وانظر مسألة بيع العنب وآلة الحرب ممن ذكر في آخر الجامع.

المشدالي: ومما ينخرط في هذا السلك ما وقع في رسم (البز) من سماع ابن القاسم من كتاب السلطان: سئل مالك عن بيع المدر الذي يأكله الناس؟

فقال: ما يعجبني؛ ذلك أن يباع ما يضر بالناس، وينبغي للإمام أن ينهى الناس عما يضرهم في دينهم ودنياهم.

ثم قال: قال الله تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ مَاذَآ أُحِلَّ لَهُمْ ۖ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَـٰتُ﴾ [سورة المائدة آية: 4] أفالطين من الطيبات؟ إني لأرى لصاحب السوق أن يمنعهم منه.

ابن رشد: هذا كما قال إذا كان الناس يأكلونه وهو مضرٌّ بهم، فيجب على الإمام أن ينهى عن بيعه، وهذا إذا لم يكن له وجه إلا الأكل، وكان يضر الآكلين له بكل حال، فهو كالسم المجمع على حرمة بيعه.

=

ومن هذا المعنى ما في نوازل أصبغ - فيمن خرجت امرأته إلى مَنْزل أهلها

=

وقال سحنون: لا يحل بيعه ولا ملكه، وأما إن كانت فيه منفعةٌ لغير الأكل فلا ينبغي أن يمنع من بيعه جملةً، وإنما ينبغي أن يباع ممن يصرفه في غير الأكل، ويؤمن أن يبيعه ممن يأكله.

وقال محمد: أكره أكله؛ فأما بيعه فلا أدري! قد يشترى لغير وجه.

قال ابن الماجشون: أكله حرام، وفي احتجاج مالك بالآية دليل على أنه لا يستباح إلا نحو ما أحل الله، كقول ابن الماجشون؛ روى عنه ابن القاسم في الجامع قال: يقال: أمرٌ أحله الله فاتبِعوه، ونهيٌ نهى الله عنه فاجتنبوه، وعفوٌ عفى الله عنه فدعوه.

وقيل: إن المسكوت عنه مباحٌ، وإليه ذهب أبو الفرج.

فوجه الأول أنه ثبت أن الأشياء ملك مالك، والأصل ألاّ يستباح ملك أحد إلا بإذنه.

ووجه الثاني أنّ خلْق الله له دليلٌ على الإباحة؛ إذ لا يجوز أن يخلقه عبثاً لغير منفعة.

المشدالي: ومن هذا المعنى أيضاً ما في رسم الرهون من سماع عيسى من كتاب السلطان، سئل عن بيع أشياء يُغش بها المسلمون؟

قال: ما كان لا وجه له إلا الغش فلا أحب لأحد أن يبيعه، وما كان - من ذلك - فيه منفعة؛ فمن أراد أن يغش به أحداً فعل فلا بأس أن يبيعه ممن لا يدري ما يصنع به، فإذا علم أنه يغش به فلا يبعه منه.

ابن رشد: كلُّ ما لا منفعة فيه إلا الغش فلا يجوز بيعه بحال، وذلك بخلاف الدرهم المغشوش بالنحاس؛ لأنه يمكن أن يسيل فتجعل فضته على حِدَة ونحاسه على حدة؛ فيجوز أن يبيعه ممن يكسره، وممن يعلم أنه لا يغش به إلا على قولٍ ضعيف، ويكره أن يبيعه ممن لا يأمن أن يغش به.

واختلف في بيعه من مجهول الحال؛ فأجازه ابن وهب وجمعٌ من السلف، ومنعه ابن القاسم، وقد مضى في رسم (النسمة) من الصرف.

وأما ما فيه منفعة ويمكن أن يغش به فجائز بيعه من مجهول الحال، ويكره أن يباع ممن يخشى أن يغش به، ولا يجوز أن يباع ممن يعلم أنه يغش به.

فحلف[1] لا يبعث وراءها، فبعث إلى ولده الصغير فأخذه؛ فرجعت لذلك - حنث[2].

ومن نكح امرأة وهي في بيت اكترته سنة، فدخل بها وسكن فيه باقي السنة، فلا كراء عليه لها، ولا لربها، وهي كدار تملكها، إلا أن تبين له: إني بالكراء أسكن، فإما أَدَّيْت أو خرج[3].

قوله: (ومن نكح امرأة في بيت...) المسألة.

القابسي: لو أدخل رجل ابنته في داره لم يرجع على الزوج بشيء؛ لأنه على وجه الصلة، وأما الوصي يُدْخِلُ اليتيمةَ في دارها، فإنه يرجع على الزوج بكراء البنت؛ [49/أ] لأنه ليس للوصيِّ أن يُتْلِف مالها.

---

(1) قوله: (فحلف) ساقط من (ش).

(2) انظر: البيان والتحصيل: 6/ 348، 349.

وزاد المشدالي بعده: قال أصبغ بإثر ما تقدم: لأن أخذه الولد وإرساله ونزعُه منها سبب للإرسال إليها، وقد قال مالك - فيمن حلف لامرأته أن لا يخرجها من البلد إلا برضاها، فأقام بمصر لا يبعث إليها بنفقةٍ دهراً، فلمّا رأتْ ذلك خرجتْ إليه -: "إنه حانث؛ لأنه ألجأها إلى الخروج"، فهذا عندي مثله.

ابن رشد: قول مالك هذا هو قوله في (رسم الطلاق الثاني) من سماع أشهب من النكاح، وحكى ابن سحنون عن أبيه أنه لا حِنْث عليه في المسألتين جميعاً.

وقول مالك أظهر؛ لأنَّ اضطراره إياها إلى الخروج بما فعل مما ليس له أن يفعله إخراج، والحنث يقع بأقل الوجوه.

(3) التهذيب: 3/ 479.

ومن اكترى بيتاً فهطل عليه، لم يجبر رب البيت على الطَّر، ولا للمكتري أن يطر من كرائها ويسكن، وله الخروج في الضرر البيّن من ذلك، إلا أن يطرّها ربها فلا خروج له(1).

قوله: **(لم يُجْبَر رب الدار على الطرّ)**.

أبو رجاء عن أبي محمد: إذا كان العرف أنه على رب الدار لزمه.

قلت: وحاصل كلام ابن رشد في جميع أقسامه أن رب الدار لا يجبر، ويخير المكتري، ما لم يصلح رب الدار، ولم يخرج المكتري فلا مقال له. انظره(2).

وانهدام الشرفات لا يضر بسكنى المكتري، وإن أنفق فيها كان متطوعاً؛ لا شيء عليه(3).

قوله: **(كان متطوعاً لا شيء له)**.

ابن هشام: يقوم من هنا ومن قوله إثره: **(فهو متطوِّعٌ)** أنّ من عمل عملاً في مال غيره بغير إذنه لا أجر له فيه؛ لأنه متطوع.

قلت: وما هنا استقراءٌ.

وقال الباجي: الفرق بين كون رب الحائط عليه خلف ما هلك من رقيق الحائط، ودوابه المعقود عليهم المساقاة؛ لوجودهم في الحائط يوم عقد المساقاة،

---

(1) التهذيب: 3/481.

(2) المشدالي: قد كتبناه في مختصر البيان فأغنى عن إعادته هنا.

(3) التهذيب: 3/482.

ولو كان الذي يخلفهم به أكثر من نصيبه ذلك العام، وبين المكتري والمساقي في نفقتهما في البئر قاصرةً على حصة رب الحائط تلك السنة؛ أن الرقيق والدواب من جنس ما يلزم العامل من الإتيان به من عمل الحائط، وإنما لزم بقاؤهم في الحائط لسقي الحائط على صفته التي كان عليها، ثم على العامل عمل ما زاد على ذلك، فإن زالوا لم يكن[1] على[2] العامل عمل ما زاد مع عدمهم، وكان ذلك بمنزلة صاحب العلو والسفل، فإن ما يلزم صاحب العلو لا يمكن أن يفعل، إلا بعد أن يبني صاحب السفل، بخلاف ماء[3] العين فإنه[4] ليس من جنس ما يلزم العاملَ الإتيانُ به[5].

قلت: قال المشاور: لو أكرى الوصي دار اليتيم، فادعى المكتري أنه أمره بإصلاح في الدار من الكراء، وأنكره الوصي ما أمره، فللباني قيمة بنائه منقوضاً، فإن نكل حلف المشتري وحسب له نفقته، وغرم الوصي الزائد على قيمته مقلوعاً.

قلت: وسئل أبو محمد صالح عمن اكترى داراً، فبنى رجل على تلك الدار غرفة يتشرف منها على الدار، فقال المكتري لصاحب الدار: خاصم عن دارك، وقال له رب الدار: عليك الخصومة؛ لأن الكراء كالشراء؛ فعلى من ترى المخاصمة؟

---

(1) في (ع): (يمكن).

(2) قوله: (على) ساقط من (ع).

(3) قوله: (ماء) زيادة من (ع).

(4) قوله: (فإنه) يقابله في (ش): (في أنه).

(5) انظر: المنتقى شرح الموطأ، للباجي: 50/7

قال: على صاحب الدار، فإن لم يخاصم فللمكتري الخروج للضرر، كما لو انهدم من الدار ما يكون ضرراً[1].

قلت: قوله في الخصومة: "على رب الدار" هو مقتضى قولها في الديات: **(وإن كانت الدار مرهونة، أو مكتراة؛ لم ينفعهم الإشهاد إلا على رب الدار)**[2].

وفي الطرر: قال بعض فقهاء الشورى: إذا وقعت فأرةٌ أو قطٌّ في بئر الدار المكتراة، فعلى رب الدار إخراجها؛ لأن البئر من منافع الدار فعليه تنقيته، فإن بقيت في البئر أياماً سقط عن المكتري مقدار ما فاته من الانتفاع بالبئر.

ونزلَت بقرطبة؛ فحُكِم فيها بهذا.

قلت: وفي الطرر عن المجالس: لو غرقت الرحى بسيلٍ حَمَلَها[3]، فأراد المتقبل بناءها من ماله طوعاً ليتم قبالته، وأبى ربها إلا الفسخ فذلك لربِّها.

وقد حكم فيها بطليطلة بفتوى أهل الشورى.

وقال المشاور: للمتقبل ذلك، ويغرم جميع القبالة، وله قيمة بنيانه مقلوعاً إذا خرج[4]، وهو الصحيح.

من الاستغناء.

---

(1) انظر: المعيار المعرب: 8/267.

(2) انظر: المدونة (زايد): 11/397، و(السعادة/صادر): 16/447، و(العلمية): 4/667.

(3) قوله: (بسيل حملها) يقابله في (ش): (سئل علماً).

(4) انظر: مختصر ابن عرفة: 434/أ.

وإذا أذن له رب الدار أن ينفق من كرائها، فزعم أنه أنفق، وأكذبه رب الدار فالمكتري مصدقٌ؛ لأنه أمين، إن تبيَّن للعمل أثر، وإن تبين كذبه، لم يصدَّق[1].

قوله: **(فزعم أنه أنفق...)** المسألة.

قال في تعليقه القابسي: انظر هل يحلف المكتري إذا كان في الدار أثر بنيان من بيت أو شبهه[2]؟

فقد رأيت جواباً لأبي بكر ابن عبد الرحمن أن القول فيه قول الساكن مع يمينه، فإن كان[3] أراد أنه يحلف، وإن كان رب الدار لا يدعي أن البناء من أثره؛ بل يقر له أن هذا البناء[4] من عمله؛ فهذا خطأ، وإن كان أراد أنه إن ادعى ربُّ الدار أن البناء والتأثير ليس من إحداث الساكن؛ جُعِل[5] القول قول الساكن، ويحلف.

فالذي يَظهرُ أنه لا يكون القول قولَ الساكن إلا ألا يشك أن البناء من تأثيره، وإن أشكل حلف رب الدار.

---

(1) التهذيب: 3/485.

(2) في (ش): (سلمه).

(3) قوله: (كان) زيادة من (ع).

(4) زاد بعده من: (ش) قوله: (ليس).

(5) في (ع): (فجعل).

ومن وكل رجلاً يكري داره، فأكراها بغير العين، أو حابى في الكراء، فهو كالبيع لا يجوز[1].

قوله: (**فأكراها بغير العين**).

القابسي: هذا إن لم يعلم الساكن بأنه غيرُ مالك، وإن علم أنه غير ربها، فالخيار لربها أن يرجع على من شاء.

ولو اكتريتَ أرضاً فأكريتها من غيرك فغرسها، ثم انقضت مدة الكراء وفيها غرسه، فلك أن تكريها من ربها سنين مؤتنفة، ثم إن أرضاك الغارس وإلا قلع غرسه. وقال غيرُه: لا ينبغي ذلك حتى يتعامل الغارس ورب الأرض على ما يجوز، ثم يكري أرضه إن شاء، إلا أن يكريك أرضه على أن يقلع عنك الشجر[2].

قوله: (**وقال غيره: لا ينبغي ذلك حتى يتعامل الغارس...**) المسألة.

سئل ابن رشد في نوازله عمن تزوج امرأة على أن ساق إليها بقعة محدودة على أن يبنيها[3] بناء موصوفاً، وتكون بينهما بنصفين؟

قال: النكاح جائز على مذهب ابن القاسم؛ لأنه يجيز البيع والإجارة في نفس المبيع إذا عرف وجه خروجه، فإذا جاز على مذهبه أن يبتاع الرجل البقعة على أن يبنيها البائع، وأن يتزوج، جاز أن يتزوجها بنصف البقعة على أن

---

(1) التهذيب: 3/486.

(2) التهذيب: 3/ 491.

(3) في (ش): (يبنيهما).

يبنيها[1] بناء موصوفاً؛ لأن التحجير إذا لم يكن في الشيء المبيع على المبتاع؛ جاز على مذهبه.

كقولها هنا في مسألة الزرع، ومنع من ذلك الغير من أجل أن صاحب الأرض إذا أكراها العام[2] المقبل وله فيها زرع[3]، فقد حجر على نفسه بيع أرضه بما يجوز للمالك في ملكه، فكذلك هذه المسألة لا يجوز على قول الغير من أجل أن الزوج لا يقدر على بيع نصف بقعته الذي أبقى لنفسه بما شرط على نفسه من بنيان جميعها، وذلك جائز على مذهب ابن القاسم.

ولو اشترى رجلٌ من رجلٍ نصف بقعة على ألا يقسمها معه، ولا يبيعها ويشتركان في حرثها؛ لجاز البيع[4]، وبطل الشرط[5].

ومن اكتريتَ منه أرضه الغرقة بكذا إن انكشف عنها الماء، وإلا فلا كراء بينكما، جاز إن لم تنقد[6].

قوله: **(ومن اكتريت منه أرضه الغَرِقَة...)** المسألة.

القابسي: انظر على هذا؛ هل يجوز أن يشتري منه عبده الآبق، والجنين، أو الثمرة التي لم يبد صلاحها، ولا ينقد، ويشترط أنه إن جاء على صفة كذا فهو لي؟

(1) قوله: (البائع وأن يتزوج جاز أن يتزوجها... يبينها) ساقط من (ش).

(2) في (ش): (عامهم).

(3) في (ع): (حجر).

(4) قوله: (البيع) زيادة من (ع).

(5) انظر: مسائل ابن رشد: 1/62، وما بعدها.

(6) التهذيب: 3/498.

والفرق بينهما أن كراء الأرض الغَرِقَة هو من معنى شراء الغائب بخلاف الآبق ونحوه.

ولا بأس ببيع نخل بتمر إلى أجل يثمر النخل إليه، كشاة لا لبن فيها في لبن إلى أجل يصير إليه فيها اللبن[1].

قوله: **(لا لبن فيها)**.

القابسي: لو كان فيها الآن[2] لبن فهل يجوز كراء الأرض بها؟ ينبغي ألا يجوز.

قلت: وقد يقال: تابعٌ؛ فيجوز كراء الأرض برقبة الشاة، ولو كان فيها حين العقد لبنٌ قياساً على قولهم في مسألة الناقة والبقرة.

ولا يباع كتان بثوب كتان إلى أجل؛ لأنه يخرج منه، إلا أن يكون أجلاً قريباً لا يعمل في مثله من الكتان ثوب، فلا بأس به[3].

قوله: **(ولا يباع كتان بثوب كتان...)** المسألة.

ويجوز نخل بتمر لأجل يكون فيه تمراً.

القابسي: الفرق أن النخل قد سلم إليه رقابها، فهي لا ترجع إليه أبداً، وإنما ثمرتها غلة، والكتان يرده[4] إليه بعينه بعد صنعه ثوباً، والشاة اللبون

---

(1) التهذيب: 502/3.

(2) في (ش): (كان).

(3) التهذيب: 502/3.

(4) في (ش): (يرد).

كالنخل، والعلة فيهما واحدة.

ومن أكرى أرضه من رجل... إن قال له: اغرسها شجراً، أو قال: نخلاً فإذا بلغت النخل كذا أو كذا سعفة، والشجر قدر كذا، فالأصول والشجر بينهما نصفين، فذلك جائز. وإن قال: فالأصول بيننا فقط، فإن كان مع مواضعها من الأرض جاز، وإن لم يشترط ذلك، وشرط له ترك الأصول في أرضه حتى تبلى لم يجز[1].

قوله: **(فالأصول بيننا).**

قلت: ظاهره أن اسم الشجر لا يشمل الأرض، ألا ترى أنه قسمه إلى قوله: **(إن كان مع المواضع)** و **(بدونه)**، ولو كان يستلزمه لكانت صحيحة.

الجواب أنه [49/ب] يستلزمه ظاهراً لا نصّاً، والتقسيم لإفادة النصية.

ولا أحب للوصي أن يشتري لنفسه شيئاً من مال يتيمه، أو يكتري أرضاً له من نفسه، فإن نزل أعيد ما اشترى إلى السوق، فإن زيد عليه بيع، وإلا لزم الوصي ما سمى[2].

قوله: **(أعيد ما اشترى إلى السوق...)** المسألة.

قال: ابن رشد في سماع يحيى من التخيير: اختلفوا في الصبي يبيع، أو يبتاع، أو يفعل ما يشبه البيع مما يخرج على عوض، ولا يقصد به فعلَ معروفٍ،

---

(1) التهذيب: 3/504- 505.

(2) التهذيب: 3/506- 507.

وهو سدادٌ ونظرٌ من فعله، حال سوق ما باع، أو ابتاع بزيادةٍ أو نقصٍ.

قيل: ليس له نقضه؛ لأنه إنما ينظر في فعله يوم وقع.

وقيل: له نقضه؛ لأنه إنما ينظر في فعله يوم[1] ينظر.

يقوم هذا من قوله في الدور والأرضين أن (**ما اشتراه الوصي من مال اليتيم يعاد للسوق**)[2] لأنه إنما قال: (**يعاد**) ولم يقل: (**إنه ينظر فيه يوم ابتياعه إن كانت قيمته يوم النظر فيه أكثر**)، وإذا قاله فيما اشترى الوصي من مال اليتيم، فأحرى أن يقوله فيما باعه اليتيم[3].

وإذا انتشر للمكتري في حصاده حب في الأرض، فنبت قابلاً فهو لرب الأرض، وكذلك من زرع زرعاً، فحمل السيل زرعه إلى أرض غيره فنبت فيها. قال مالك: فالزرع لمن جره السيل إلى أرضه؛ ولا شيء للزارع[4].

قوله: (**وإذا انتشر للمكتري...**) المسألة.

قال في سماع عيسى من الدور فيمن اكترى أرضاً فزرعها، فلما استحصد زرعه أتاه بَرَدٌ أوقع حبه كله في الفدان، فأخلف لمن يكون؟

قال: لرب الأرض، لا للمكتري؛ لأن سنته قد انقضت، كقول مالك

---

(1) قوله: (وقع، وقيل: له نقضه؛ لأنه إنما ينظر في فعله يوم) ساقط من (ع).

(2) انظر: المدونة (زايد): 8/273، و(العلمية): 3/559، و(السعادة/صادر): 11/556، و(تهذيب البراذعي): 3/506 و507.

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 5/292 و293.

(4) التهذيب: 3/507.

فيمن جرَّ السيلُ بذره لأرضٍ غيره.

ابن رشد: القياس صحيح؛ إذا لا فرق بينهما؛ لأن البذر مستهلك في كلتا المسألتين، لا يقدر صاحبه على أخذه من أرض غيره، وهو مثل ما في المدونة.

ومعنى قوله في المدونة: **(جرَّ السيلُ زرعَه)** أي: بذره؛ لقوله: **(نبت)**؛ لأن الزرع لا يقال فيه: نبت[1].

وعلَّلَ غير واحد مسألة المدونة بأن العادة جارية بأنه لما كان يبقى للطير والمارة دل على طيب نفس مالكه وإسلامه، فلذا كان لرب الأرض على هذا التعليل لو زرع، ولم ينبت إلا لعام مقبل لكان لصاحبه؛ لأنه لم تطب نفسه[2].

---

(1) البيان والتحصيل: 36/9 - 37.

(2) المشدالي: وفي جامع العتبية: سئل مالك عمن يدخل حائطَ رجلٍ فيجد التمر ساقطاً؟ فقال: لا يأكله؛ إلا أن يعلم طيب نفس صاحبه، أو يكون محتاجاً.

المشدالي: وانظر على هذا ما يسقط في الأزقة من ثمار الأغصان المشرفة عليها، والظاهر إباحته؛ لجري العادة بعدم التفات الملاك إلى ذلك، وعدم البحث عنه، فدل على طيب نفوسهم بذلك. والله أعلم.

المشدالي: وفي الثانية عشرة من سماع أشهب من الجامع سئل عن الثمار تُجَذُّ ثم يخلى عنها فيكون فيها الشيء المعلق، قال: إن علم أن أنفسهم طيبة له بأخذه إياه فليأخذه.

وسئل أيضا عن باقي السنبل بعد الحصاد؟

قال: لا يأكلْ إلا ما يعلم أنه حلال، وقد كان يقال: دع ما يريبُك إلى ما لا يريبُك.

ابن رشد: تحصيله أنه:

- إن علم أن صاحبه قد تركه لمن أخذه من غني أو فقير جاز له أخذُه وإن كان غنياً.
- وإن علم أن ربَّه تركه للمساكين لم يجز له أخذه إلا أن يكون مسكيناً.
- وإن لم يعلم؛ هل تركه ربه على أن يعود إليه أو على أن لا يعود إليه؛ لم يحل له أن =

قوله: **(فحمل السيل زرعه...)** المسألة.

قلت: ظاهِرُهُ سواءً كان مكترياً للأرض أو مالِكَها، ولم يتكلم في المدونة فيما يرجع إلى لزوم الكراء لوكان[1] مكترياً للأرض.

ونصَّ عليه في سماع ابن القاسم من الدور.

قال ما نصُّه - فيمن تكارى أرضاً، فزرعها فنبت الزرع فيها، ثم جاء سيل فذهب به - فقال: لا أرى للمتكاري أن يرجع إلى صاحب الأرض يأخذ منه كراء، وإنما ذلك بمنزلة زرع تصيبه جائحة.

ابن رشد: إنما هذا إذا ذهب به السيل بعد إبان الحراثة، أو في إبان الحرث فانكشف السيل عن الأرض في وقت يمكنه فيه إعادة الحرث، وأما لو ذهب به في إبان الحرث، فلم ينكشف السيل عنها حتى فاته أن يعيد زرعه؛ لكان له أن يرجع بكرائه على صاحب الأرض على معنى ما في المدونة[2].

والذي أشار إليه -والله أعلم- أنه معنى ما في المدونة ما تقدم في

=

يقدم على أخذه دون أن يستأذنه.

- وإن غلب على ظنه أن ربه تركه لمن أخذه، ولم يقل ذلك يقيناً، فهذا يكره له أخذه ويقال له: دع ما يريبك إلى ما لا يريبك.

المشدالي: وانظر بعدها مسألة المسافر؛ هل يجوز له أن يأكل مما يمرُّ به من الثمار؟ وبعدها مسألة الذي يمر بجنان قريبه؛ هل يأكل منه؟ وكيف إن أطعمه حارس الجنان؟

وبالله التوفيق.

(1) في (ش): (و كان).

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 9/15 و16.

الأرض الغَرِقَة[1].

وأكره للمسلم كراء أرض الجزية ذات الخراج[2].

قوله: (وأكره للمسلم كراء أرض الجزية).

زاد في سماع ابن القاسم: وأكره شراء قمحه.

ابن رشد: كره ذلك لما فيه من معنى الذلة، ولقد كره أن يزرعها بعاريةٍ، ورآه من باب حماية الذرائع، وأما كراهيته لشراء القمح، فيشابه حكم المغصوب من الأرض[3].



(1) انظر: المدونة (زايد): 8/248، و(السعادة/صادر): 11/542، و(العلمية): 3/546.

(2) التهذيب: 3/508.

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 9/7، 8.



كتاب المساقاة



كتاب المساقاة

وقد ساقى رسول الله ﷺ يهود خيبر على شطر ما أخرجت من ثمر أو حب[1].

قوله: **(وقد ساقى رسولُ الله ﷺ)**[2].

قلت: أتى بها دليلاً لأمرين:

أحدهما: اشتراط معلومية الجزء.

والثاني: عدم خصوصية الشطر، كما ورد في الحديث، وهو من باب قياس الفارق[3].

لا[4] كما قال المغربي: أتى بها دليلاً على الوجه الأول فقط.

---

(1) التهذيب: 3/409.

(2) متفق عليه، أخرجه البخاري: 2/798، في باب إذا استأجر أرضا فمات أحدهما، من كتاب الإجارة، برقم: 2165، ومسلم: 3/1186، في باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع، من كتاب المساقاة، برقم: 1551، من حديث ابن عمر رضي الله عنهما، ومالك: 2/703، في باب ما جاء في المساقاة، من كتاب المساقاة، برقم: 1387، عن سعيد بن المسيب مرسلاً. ولفظ الصحيحين: أعطى رسول الله ﷺ خيبر لليهود أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها.

(3) في (ع): (لا فارق).

(4) قوله: (لا) ساقط من (ع).

ولا بأس بمساقاة حائط ببلد بعيد إذا وصف كالبيع، ونفقة العامل في خروجه إليه عليه، بخلاف القراض، وهذه سنة المساقاة[1].

قوله: **(ونفقة العامل...)** المسألة.

المغربي: انظر ما الذي يتوهم هنا! لأنه إذا كانت نفقته عليه إذا لم يشرع في عمل الحائط، فأحرى أن تكون عليه إذا شرع؛ لأنه إذا لم تجب في المقصد، فأحرى الوسيلة التي هي الخروج.

قلت: الذي تصدَّى إليه نفيُ توهم مساواة المساقاة للقراض، وكذا صرح بالفرق بينهما بالسنة.

ووجه الشبه بينهما أنهما عمل في مال بجزء من فائدته.

وما كان في الحائط يوم عقد المساقاة من رقيق، أو دواب لربه، فللعامل اشتراطهم، ولا ينبغي لرب الحائط أن يساقيه على أن ينزع ذلك منه، فيصير كزيادة شرَطَها، إلا أن يكون قد نزعهم قبل ذلك[2].

قوله: **(وما كان في الحائط...)** المسألة.

انظر: وهل[3] كانوا بالكراء؟ أو المراد إذا كانت مملوكة؟ وهو قوة كلامهم.

قلت: وفي سماع عيسى: لا بأس أن يستثني العامل ما في الحائط من غلمان

---

(1) التهذيب:3/410.

(2) التهذيب: 3/410.

(3) زاد بعده في (ش): (ولو).

وبقر ودواب.

ابن رشد: هذا يدل أنه لا يكون له إلا إذا استثناهم، خلافَ ما في المدونة من أن الحكم يوجبهم وإن لم يستثنهم[1].

قوله: **(كغلام أو دابة).**

ظاهره: أحدهما، لا مجموعهما.

والمقصود: ما هو يسيرٌ، كقوله بعد: **(إنما يجوز اشتراط ما قلَّ).**

والجذاذ والحصاد والدراس على العامل[2].

قوله: **(والجداد والحصاد على العامل).**

قلت: معناه: ما لم يكن عـرْفٌ بخلافه، كما صرَّح به ابن رشد في سماع عيسى.

قال ما نصُّه: قوله: "لا بأس بمساقاة الزيتون على أن يعصره المساقي" دليلٌ أنه إذا لم يكن شرطٌ لم يلزم المساقاة، والمعتبر في ذلك العرف في البلد، فإن كان فإياه يعتبر[3].

---

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 12/ 171 و172.

(2) التهذيب: 3/ 411.

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 12/ 173.

وإن عجز العامل وقد حل بيع الثمرة؛ لم يجز أن يساقي غيره، ويستأجر من يعمل له، فإن لم يجد إلا أن يبيع نصيبه، ويؤجر به فعل. فإن كان فيه فضل فله، وإن نقص كان ذلك في ذمته، إلا أن يرضى رب الحائط أخذه ويعفيه من العمل، فذلك له(1).

قوله: **(ويعفيه من العمل فذلك له)**.

القابسي: اعرف لو كان رجلاً عديماً وعليه دين، فقال رجلٌ: أؤدي عنك، و أنتظر يسرك؛ لم يكن له ذلك؛ لأنه يقول: "لا أقبل منَّتك"، وهذا فقير لم يستأجر بأكثر من ثمن نصيبه.

وإن جذَّ العامل الثمرة كان له أجره، وما أنفق فيها، وإن عمل بعد جذاذه الثمرة لم تفسخ بقية المساقاة، وله استكمال الحولين الباقيين، وله فيهما مساقاة مثله، ولا أفسخها بعد تمام الحول الثاني، إذ قد تقل ثمرة العام الثاني، وتكثر في الثالث فأظلمه، وهذا كأخذ العروض قراضاً إن أدرك بعد بيعه وقبل أن يُعمل؛ فُسخ، وله أجر بيعه، وإن عمل فله قراض مثله، وله أجر بيعه(2).

قوله: **(كأخذ العرض قراضاً)**.

انظر: كيف أخذ العرض قراضاً؛ إما أن يقول له: "اعمل به قراضاً"، ورأس المال قيمته عند المفاصلة، أو قيمته الآن، أو يقول له: "بِعْهُ واعمل بثمنه".

---

(1) التهذيب: 3/412.

(2) التهذيب: 3/413-414.

وانظر: ما الذي شبه به في قوله: **(كأخذ العروض)**؟

والذي أراده والله أعلم إذا قال له: "بعه واعمل بثمنه".

ولا بأس أن يشترطا الزكاة في حظ أحدهما؛ لأنه يرجع إلى جزء معلوم ساقى عليه[1].

قوله: **(ولا بأس باشتراط الزكاة...)** المسألة.

أما اشترط الزكاة في حظ أحدهما، ولم يبلغ الحائطُ النصاب، فاختلف لمن يكون الجزء المشترط للزكاة؟

فقال ابن العطار: يكون[2] لمشترطه[3].

وأقامه مما زاده في الأم من قوله: **(كأنه قال له: لك أربعة أجزاء ولي ستة)**[4].

اللخمي: قيل: يقتسمانه اتساعاً كما كان يقتسمان ما بعد الزكاة.

وقيل: نصفَين[5].

والشأن في المساقاة إلى الجذاذ، ولا تجوز شهراً أو سنة محدودة[6].

(1) التهذيب: 3/415.

(2) قوله: (يكون) ساقط من (ع).

(3) انظر: الوثائق والسجلات، لابن العطار، ص: 90.

(4) انظر: المدونة (زايد): 8/295، و(السعادة/صادر): 12/12، و(العلمية): 3/569.

(5) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 4719.

(6) التهذيب: 3/415.

قوله: (والشأن في المساقاة).

يطلق الشأن ويراد به: العادة، ويطلق ويراد به: وجه الصواب.

وإذا عجز العامل عن السقي؛ قيل له: ساقِ من شئت أميناً، فإن لم يجد أسلم الحائط إلى ربه ثم لا شيء له ولا عليه؛ لأنه لو ساقاه إياه جاز كجوازه لأجنبي[1].

قوله: (أسلم الحائط إلى ربه).

معناه: إذا تراضيا على ذلك، يدل عليه تعليله بقوله: (لأنه لو ساقاه)، والمساقاة لا تلزم إلا برضاهما.

ومن ساقيته حائطك، أو أكريته دارك، ثم ألفيته سارقاً لم يفسخ لذلك مساقاة ولا كراء وليتحفظ منه. وكذلك من باع من رجل سلعة إلى أجل وهو مفلس، ولم يعلم بذلك البائع، فقد لزمه البيع، ومن ساقيته حائطك لم يجز أن يقيلك على شيء تعطيه إياه، كان قد شرع في العمل أم لا، لأنه غرر، إن أثمرت النخل فهو بيع الثمرة قبل زهوها، وإن لم تثمر فهو أكل المال بالباطل[2].

وقوله: (ويتتاركا).

القابسي: لم يقل هنا: يستأجر على سقيه ويتبع بذلك، كما قال فيمن عجز بعد أن طابت. انظر ما الفرق؟

---

(1) التهذيب: 3/416.

(2) التهذيب: 3/417.

وما كان من سواقط النخل، أو ما يسقط من بلح أو غيره، والجريد والليف وتبن الزرع، فبينهما على ما شرطا من الأجزاء[1].

قوله: [50/أ] (وتِبْنُ الزرْع بينهما).

قيل: وكذا التبن بين المتزارعَين على ما شرطا من الأجزاء.

وانظر على هذا الخماس؛ فحكى بعضهم عن أبي إبراهيم أنه قال: ليس له شيء من التبن ولا من زريعة الكتان[2]، وهذا يختلف[3] باختلاف العادة، ولعله يتخرج على ما يُلقى ولا بال له، كما قال في الشركة: **(إذا تطوَّل أحد الشريكين)**[4].

وإذا اختلفا في المساقاة فالقول قول العامل فيما يشبه[5].

قوله: **(اختلفا في المساقاة)**.

أي: اختلفا في قلة الجزء وكثرتها.

القابسي: ينبغي إذا اختلفا قبل العمل أن يتحالفا ويتفاسخا، بخلاف اختلافهما في القراض؛ لأن لكل واحد من المتقارضين ترك[6] العمل قبل العمل.

---

(1) التهذيب: 3/417.

(2) قوله: (زريعة الكتان) يقابله في (ش): (زرعك الثاني).

(3) قوله: (وهذا يختلف) يقابله في (ش): (هذا اختلف).

(4) انظر: تهذيب البراذعي: 3/548.

(5) التهذيب: 3/417.

(6) في (ش): (حل).

وإنما معنى قول ابن القاسم أنه قد عمل في المساقاة.

قلتُ: وصرَّح به في كتب القراض.

ومن ساقى رجلاً نخلاً على النصف، وزرعاً على الثلث لم يجز، حتى يكونا على جزء واحد جميعاً ويعجز عن الزرع ربه، وإن كانا في ناحيتين وذلك كحائطين مفترقين[1].

قوله: **(وإن كانا في ناحيتين)**.

انظر: هل هو راجع لصورة الجواز؟ أولصورة المنع؟ وهو الظاهر، فكأنه يقول: لا يجوز على جزئين مختلفين، ولو كانا في ناحيتين.

ويجوز للوصي دفع حائط الأيتام مساقاةً؛ لأن بيعه وشراءه لهم جائز، وللمأذون له دفع المساقاة أو أخذها[2].

قوله: **(ويجوز للوصيِّ...)** المسألة.

قال بعضهم: فإذا جاز بيع الأعيان فكذا المساقاة.

قلت: لأنه إما بيع منافع أو بيع أعيان، وأيّاً ما كان فهو جائز، وانظر قوله: **(لأن بيعَه...)** إلى آخره.

ظاهرُه: ولا تعقب عليه، وأنه محمول على النظر والسداد، وهو المشهور الذي جرى عليه عمل القضاة قديماً وحديثاً، وظاهره في الرَّبع وغيره.

وفرّق أبو عمران؛ فقال: هو في الرَّبْع على غير النظر؛ لأنه حيث ذكر في

---

(1) التهذيب: 3/418.

(2) التهذيب: 3/419.

كتاب الرباع يذكر إن كان على النظر، وبيع الوصي إنما يجوز بشروط.

وللمريض أن يساقي نخله كما يجوز بيعه، إلا أن يحابي فيه فيكون ذلك في ثلثه[1].

قوله: (إلا أن يحابي).

قال ابن مغيث: مراعاة بيع المريض في ماله يوم الفعل لا يوم الحكم، فإن كان فيه محاباة روعي فيه ثلثه، إلا إن تختلف المحاباة في المرض الذي فعل فيه الفعل المذكور، فإن اختلف نظر في ذلك إلى الأقل فيجعل في ثلثه، وأما بعد موته فلا ينظر إلى حوالة الأسواق.

وفي الواضحة خلاف ما ذكره ابن مغيث وابن يونس.

وسئل سحنون عن المريض لا يكون له إلا دار واحدة، فيعمد فيبيعها من بعض ورثته، ويستوفي الثمن بلا محاباة.

قال: يتعقب السلطان فعله وينظر فيه، فإن كان إنما أراد أن يخرجها عن بعض الورثة ويخص بها بعضهم نقض بيعه، وكذا الأرض والعبد وغيره[2].

ونحوه لعياض آخر الفاسدة، وابن محرز وغيرهما.

وإذا فُلِّس رب الحائط لم تفسخ المساقاة، كان قد عمل العامل أم لا، ويقال للغرماء: بيعوا الحائط على أن هذا مساقى فيه. قلت: لم أجزته؟

---

(1) التهذيب: 419/3.

(2) انظر: الأحكام، للمالقي، ص: 320.

ولو أن رجلاً باع حائطه واستثنى ثمرته لم يجز؟ قال: هذا وجه الشأن فيه[1].

قوله: **(وإذا فُلِّس رب الحائط).**

معنى المدونة: إذا كانت الثمرة غير مأبورة.

قلت: قال[2] في سماع أشهب: من وهب ثمرة حائطه هذه السنة لرجل، ثم يريد أن يبيع أصل الحائط من رجل آخر. قال: لا يصلح إن لم تُؤَبَّر الثمرة، وإن أبِّرت جاز[3].

وسئل ابن رشد عما في سماع أشهب فيمن تصدَّق بثمرة حائطه سَنَةً.

قال: لا يبيع الرقاب حتى تؤبَّر الثمرة.

قال يحيى: عن ابن القاسم: إلا في دين رهقه وقد فلس، فعلى هذا القول إذ جوز له البيع هل يباع الحائط بشرط استثناء الثمرة قبل الإبار، وتكون الثمرة للمتصدق عليه كما قالوا في المساقاة إذا فُلِّس رب الحائط للضرورة؟ أو يباع الحائط وتبطل الصدقة، وتكون الثمرة للمبتاع إذ هي مما يمتنع استثناؤها، كمن تصدق بما في بطن أمته على رجل وفلس رب الأمة؟ المسألة.

فأجاب: مسألة مَن تصدق بثمرة حائطه سنة، وأراد بيعه أن ذلك[4] لا

---

(1) التهذيب: 3/420.

(2) قوله: (قال) ساقط من (ش).

(3) قوله: (وإن أبرت جاز) يقابله في (ع): (وبعد الإبار لا بأس به)، وانظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 13/416.

(4) في (ش): (أنه).

يجوز إن كانت الثمرة لم تؤبر، كمسألة المساقاة سواء، إذ لا فرق بين أن يكون ثمر الحائط قد وجب قبل بيع الحائط لغير رب الحائط بهبة أو مساقاة، وفي ذلك ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه لا يجوز لا في فلس ولا غيره، وهو قول غير ابن القاسم في مسألة المدونة.

قلتُ: زاده[1] في الأم، وعليه تكلم عياض.

ابن رشد: لأنه إذا لم يجزه في مسألة المساقاة في المدونة، فأحرى في غيره.

والثاني: الجواز.

والثالث: الجواز في الفَلَسِ دون غيره، وهو قول ابن القاسم في سماع يحيى في الهبة، وقوله في الكتاب.

ويتخرَّجُ في مسألة الصدقة ثلاثة أقوال.

ثم قال: والذي أقول به أنه في مسألة الصدقة يجوز بيع الحائط واستثناء الثمرة قبل إبارها للمتصدق عليه اتفاقاً، ولا يدخله الخلاف[2].

قوله: **(قلت: لم أجزته...)** المسألة.

اختصرها لفساد احتجاج الخصم.

بيانه أن يقال: توهَّم في مسألة الفلَس أنها غير صحيحة؛ لأنها مشتملة على بيع الحائط واستثناء ثمرته قبل الإبار، وذلك ممتنع، فتوهم أن حظ المساقي من الثمرة مستثنى.

---

(1) في (ع): (زاد).

(2) انظر: مسائل ابن رشد: 1/429، وما بعدها.

وتقرير الجواب في قوله: **(هذا وجه الشأن فيه)** أن يقال: احتجاجك بمسألة البيع في غير المساقاة غير صحيح من وجهين:

أحدهما: قيام فارق، ولا قياس مع وجوده، وذلك لوجود الضرورة في مسألة المساقاة وعدمه في غيرها، فلا يلزم من المنع في غيرها -لعدم الضرورة- المنع هنا.

الثاني: أنا لا نسلم استثناء ثمرة قبل الإبار في مسألة المساقاة؛ لأن نصيب العامل باق في ملكه، ولم يدخل في البيع.

وصرح به اللخمي[1].

وزاد في الأم فقال: **(ليس هذا عندي استثناء ثمرة قبل الإبار)**[2].

ولو كان في الزرع شجر متفرقة هي تبع له، جاز أن تشترط على ما اشترطا في الزرع، ولا ينبغي أن يشترطها العامل لفسه وإن قلّت، بخلاف البياض[3].

قوله: **(شجر متفرقة وهي تبع).**

القابسي: كونه تبعاً ليس بشرطٍ للإباحة، وإنما يعني: وإن كانت تبعاً، فلا يشترطها العامل لنفسه، بخلاف البياض.

قوله: **(بخلاف البياض).**

قيل: لأن السنَّة إنما وردت في إلغاء البياض، وأما إلغاء الشجر فلا.

---

(1) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 4727.

(2) انظر: المدونة (زايد): 8/305، و(السعادة/صادر): 12/19.

(3) التهذيب: 3/421-422.

وقيل: لأنها كمساقاة صنفين في حائط.

ومن أخذ حائطين مساقاةً على النصف، على أن يعمل أول سنة فيهما، ثم يرد أحدهما في العام الثاني، ويعمل في الآخر لم يجز؛ لأنه خطر[1].

قوله: (ومن أخذ حائطين...) المسألة.

هي دليل على التي قبلها.

وانظر ما تقدم في الخيار من المعارضة.



(1) التهذيب: 3/422.



كتاب القراض



كتاب القراض

وتجوز المقارضة على النصف والثلث والربع والخمس، أو أكثر من ذلك أو أقل. قلت: فإن أعطيته مالاً قراضاً على أن الربح كله للعامل؟ قال: قال مالك رحمه الله فيمن أعطى لرجل مالاً يعمل به على أن الربح للعامل، ولا ضمان عليه أنه لا بأس به، وكذلك المساقاة[1].

قوله[2]: (قلت: فإن أعطيته).

الشيخ: انظر! هل أجابه عن سؤاله؟

والظاهرُ أنه أجاب.

قال ابن عرفة: يحتمل أن يقال: اختصرها لعدم التصريح بالجواب؛ لأن المسؤول عنه الضمانُ، وهو غير مصرح به، لكنه في التي سمع الضمانُ مصرَّحٌ بنفيه، فيكون الجواب باللزوم.

ويحتمل أن يقال: اختصرها [50/ب] لاستلزامها التناقض، فإن ظاهر ما هنا أنه لم يسمع من مالكٍ جواباً صريحاً في مسألة السؤال، وكيف وقد صرح أول المساقاة.

ويحتمل أن يقال: كونه قراضاً فيه نظرٌ؛ لأنه خلاف المشروع.

أو يقال: لما يعطيه التشبيه من المساواة في الحكم، فيلزم أن ينفق من مال

(1) التهذيب: 3/514.

(2) قوله: (قوله) ساقط من (ع).

القراض في هذه الصورة كغيرها من الصور، كما هو في مسألة القياس.

وقد قال أبو حفص العطار: لا نفقة له[1].

قوله: **(ولا ضمان عليه أنه لا بأس به)**..

المتيطي: لو تطوع العامل بضمان المال، ففي صحة القراض خلافٌ بين الشيوخ[2].

وإذا اشترط المتقارضان عند معاملتهما ثلث الربح للمساكين، جاز ذلك، ولا أحب لهما أن يرجعا فيه، ولا يقضى بذلك عليهما[3].

قوله: **(لا يقضى بذلك عليهما)**.

نحوه أواخر الهبات.

المتيطي: لو رجعا فيه كان بينهما على ما اتفقا عليه من الإجزاء، وإن رجع أحدهما نفذ منه ما قابل حصة الآخر.

ومن قدم إلى الفسطاط وأخذ مالاً قراضاً على أن يقيم يتجر به بالفسطاط وليست ببلده، فلينفق في مقامه؛ لأن المال حبسه بها، إلا أن يوطنها، أو ينتقل لسكناها، وإن لم يكن له بها أهل فلا نفقة له، ولو

---

(1) انظر: الوثائق والسجلات، لابن العطار، ص: 94.

(2) المشدالي: ذهب أبو عبد الله بن عتاب إلى أنه صحيح، وحكى إجازتَه عن شيخه أبي المطرف بن بشير رحمه الله، وقال غيرُهما: إنه لا يجوز.

وقال إليه ابن سهل، وفي العتبية ما يدل على القولين. انظر الوصايا من ابن سهل.

(3) التهذيب: 3/516.

خرج بالمال إلى بلد فنكح بها وأوطنها، فمن يومئذ تكون نفقته على نفسه[1].

قوله: (فنكح بها).

القابسي: يريد: ودعي للدخول؛ لأنه إذا دعي لزمته نفقة زوجته، فيكون حينئذ مستوطناً، ولا يكون بعقد النكاح مستوطناً.

ولو أخذ مالاً قراضاً بالفسطاط، وله بها أهل، فخرج به إلى بلد له بها أهل؛ فلا نفقة له في ذهابه ولا في رجوعه؛ لأنه ذهب إلى أهله، ورجع إلى أهله[2].

قوله: (فلا نفقة له في ذهابه ولا في رجوعه).

انظره مع قوله أوَّلاً: (ذاهباً وراجعاً)، وقد رجع في تلك إلى أهله؛ فهذا تناقض[3]، والفرق أنه في الأولى وجبت له النفقة بالشخوص، فلا تسقط إلا بدخوله إلى أهله، وهذه لم تجب له نفقة قبل الرجوع.

قيل لمالك: إن عندنا تجاراً يأخذون المال قراضاً، فيشترون به متاعاً يشهدون به الموسم، ولولا ذلك ما خرجوا، هل لهم في المال نفقة؟ فقال: لا نفقة لحاج ولا لغاز في مال القراض في ذهاب ولا رجوع[4].

---

(1) التهذيب: 517/3.

(2) التهذيب: 517/3.

(3) في (ع): (انتقاض).

(4) التهذيب: 518/3.

قوله: **(قيل لمالك)**.

اختصرها لإشكال الجواب؛ لكونه ألغى في السؤال وصفاً مناسباً لإناطة النفقة به، وهو كونه لا حامل لهم على الخروج والسفر إلا ذلك، ومع هذا لم يعتبره.

ويحتمل أن يقال: اختصرها لإجمال الجواب، فإنه يستلزم عدم المطابقة للسؤال على بعض الوجوه.

بيانُه: أن قوله: **(لا نفقة لحاجٍّ)** يحتمل أن يكون إنكاراً للخروج بمال القراض، وهو ظاهر كلام عياض.

ويحتمل أن يكون نفياً للنفقة مع الإعراض عن جواز الخروج به، فيكون الجواب غير مطابق.

وأما الشيخ أبو الحسن المغربيُّ فلم يقرر وجه الاختصار بشيء، لكن يؤخذ منه؛ لأنه[1] قال إثر قوله: **(ولولا ذلك ما خرجوا)** في الأمهات: **(ما خرجوا فيما يُظَنُّ بهم)**.

واختصره اللخمي: **(لولا المال)** فلم يصدقهم في أن أصل خروجهم للمال، ورأى أن الغالبَ السيرُ للحج، وأن التجر من باب الظنون، ولو قام دليلٌ على صحة ذلك كالفقير الذي لا يقدر على السفر، أو غير ذلك من الدلائل لكانت النفقة كلها، أو بعضها في مال القراض[2].

---

(1) في (ع): (أنه).

(2) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 5249.

وإذا اشترى العامل سلعةً، ثم ضاع المال خُيّر ربه في دفع ثمنها، وتكون على القراض، فإن أبى لزم العامل الثمن، وكانت له خاصةً، وإن لم يكن له مالٌ بيعت عليه، فما ربح فله، وما وضع فعليه(1).

قوله: (**ثم ضاع المال خُيِّر ربُّه...**) المسألة.

تقرير الإشكال الوارد هنا أن نقول: القراض إما أن يكون منتقَضاً بضياع المال، فيلزم أن لا يكون لرب المال مقالٌ في السلعة إذا أراد العامل الاستقلال بها لنفسه، ولا يكون لرب المال عليه خيار، وليس كذلك؛ لأن ظاهر كلامهم أنه مهما أراد ربُّ المال دفعَ المال أُجبِر، وإما أن يكون باقياً؛ فيلزم جبر رب المال على الخلف، وليس كذلك.

ولا يجوز للعامل أن يشارك بمال القراض أحداً، وإن عملا جميعاً، فإن فعل ضمن، ولا يجوز له أن يشارك عاملاً آخر لرب المال، كما لا يستودع المودع الوديعة عند من لربها عنده وديعة، ولا عند غيره(2).

قوله: (**كما لا يستودع المودع...**) المسألة.

قد يقال: القياس غير صحيح؛ لأنه في الوديعة لم يجعل له إلا مجرد الحفظ، ولا امتناع في تخصيص فرد عن فرد، ولو تماثلا في الأمانة.

و أما في مسألة القراض المقيسة؛ فللشك أن العامل أجير؛ لأن القراض إجارةٌ، والأجير لا نسلم أنه جعل له مجرد الحفظ فقط، بل والتصرف، وهو

---

(1) التهذيب: 3/522.

(2) التهذيب: 3/523.

يتعدى إلى المثل، ألا ترى أن الفسطاط المودع مثلاً لا يودع من مثل المودع، وقد نصَّ في جعلها على جواز إجارته من مثله[1]، وإنما منعه في الثوب لعدم تحقق المماثلة[2].

ولا يبيع أحدهما من الآخر بيعاً يحابيه فيه، وإن كان في المال فضل، فإن فعل لم يجز[3].

قوله: **(لا يبيع أحدهما من الآخر بيعاً يحابيه فيه...)** إلى قوله: **(... لم يجز)**.

الشيخ: يريد إن كان قائماً، وإن فات فلا يخلو من أربعة أوجه:

إما أن يكون الربح في المالين.

أو العكس.

أو يكون[4] الفضل في مال المحابي، والخسارة فيما بيد المحابى.

أو بالعكس[5]، فيضمن في وجه، وهو إذا خسر المحابي.

ولا يُبْضِع العامل من المال بضاعة، فإن فعل ضمن، ولو أذن له رب المال في ذلك جاز، ما لم يأخذه على ذلك[6].

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 8/ 51، و(السعادة/صادر): 11/ 415، و(العلمية): 3/ 426.

(2) المشدالي: فيما قاله نظر.

(3) التهذيب: 3/ 523.

(4) قوله: (أو يكون) يقابله في (ع): (الثالث أيكون).

(5) قوله: (أو بالعكس) يقابله في (ع): (الرابع عكسه).

(6) التهذيب: 3/ 523.

قوله: **(لا يُبْضِع العامل).**

اللخمي: لأن العمل تعلق بعينه لا في ذمته، بخلاف المساقاة[1].

ويجوز للعامل أن يشترط على رب المال أن يعينه بعبده، أو دابته في المال خاصة لا في غيره، ولم يجزه عبد العزيز في الغلام. قال ابن القاسم: ولا يصلح لرب المال أن يشترط معونة عبد العامل أو دابته[2].

قوله: **(ولم يجز عبد العزيز).**

طرفان وواسطة، فأحد الطرفين رب المال لا يجوز، والدابة طرف يجوز، والواسطة الغلام.

المتيطي: سئل ابن عتَّاب عمن دفع إلى رجلين قراضاً، وشرط أن يكون بيد أحدهما، وعلى ذلك انعقد القراض.

فأجاب: القراض جائزٌ، والشرط لازم، ولا علة فيه تبطله، ولا شبهة توهنه.

دليلُه[3]: ما لابن القاسم في العتبية وغيرها، لا نعلم ما يعارضها.

ولا قولَ لأحدٍ من أصحاب مالك يخالف قولَه فيها، فصار ذلك كالإجماع منهم عليها، ونصُّ ما في العتبية[4] في سماع أصبغ: قال ابن القاسم[5] - فيمن

---

(1) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 5264.

(2) التهذيب: 3/529.

(3) في (ع): (دليل).

(4) قوله: (ونصُّ ما في العتبية) يقابله في (ش): (وهي قوله).

(5) قوله: (قال ابن القاسم) ساقط من (ش).

دفع إلى رجلين قراضاً فاختلفا في المال عند من يكون منهما - فإنه ينظر في ذلك إلى قول رب المال فيتبع، فإن اختلفا في البيع والاشتراء[1] وقال أحدهما: لا أراه، فلا بد لهما أن يجتمعا، وإلا ردَّ المال إلى ربه، وهذا ما لم يقبض، فإذا قبض فهو إلى من دفعه ربه عند العقد؛ إن دفعه إليهما معاً فمعاً، وإن كان لأحدهما فأحدهما، ولا كلام للآخَر[2] إذا كان يعلمه[3].

ابن رشد في رسم **(إن أمكنتني)** من سماع عيسى[4]: حاصلُ هذا[5] أنهم اتفقوا أنه لا يجوز لهما أن يقتسماه، فإن فعلا فهل يضمنان؟ أم لا؟

فيه خلاف[6]، واختلفوا أيضاً؛ إن لم يقتسماه إذا تشاحَّوْا عند من يكون منهما ورب المال غائب أو ميت؛ لم يدفعه إلى أحدهما، ولا قبضه واحد منهما بعد، أو قبضه دون إذن[7] ربِّه، أو دفعه إليهما معاً، ولم يَبِنْ به واحد منهما بعد، أو بان به دون إذن صاحبه.

فقيل: إنه يقسم بينهما، وهو قول مالك في رواية علي.

---

(1) قوله: (البيع والاشتراء) يقابله في (ع): (الاشتراء والبيع) بتقديم وتأخير لا يؤثر في المعنى.
(2) قوله: (للآخر) ساقط من (ع).
(3) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 312، 313، والبيان والتحصيل: 12/401، 402.
(4) قوله: (من سماع عيسى) زيادة من "البيان والتحصيل" وهي ضرورية في هذا المقام.
(5) في (ش): (حاصله).
(6) قوله: (فإن فعلا فهل يضمنا أم لا؟ فيه خلاف) يقابله في (ع): (واختلفوا إن اقتسماه هل يضمناه أم لا).
(7) قوله: (إذن) ساقط من (ع).

وقيل: يدفع إلى أعدلهما، وهو قول مالك في الوديعة من المدونة[1] في الوصيَّيْن.

انظر تمامه[2]، ولم يشر إلى قضية ابن عتاب بشيء[3].

وإن قارضتَ رجلاً على النصف، فلم يعمل حتى زدته مالاً آخر على النصف على أن يخلطهما فهو جائز. قيل: فإن زدته مالاً على الثلث؟ قال: لم يُجِز مالك دفع المالَيْن إليه أحدهما على النصف والآخر على الثلث إذا كان لا يخلطهما[4].

قوله: **(قيل: فإن زدته).**

اختصرها لعدم مطابقة الجواب؛ لأنه سأله عن متعاقبَيْن، فأجاب بمن دفعهما مرةً.

أو لكون شرط الخائط لم يذكره في السؤال، وذكره في الجواب باللزوم.

وقول غيره: «إن باع بالنقد تعدَّى»، تتميمٌ ووفاقٌ لقول ابن القاسم؛ لأن هذا الطرف - وهو أرباع - على خلاف مقتضى الشرط، الذي هو النسيئة، لم يتكلم عليه ابن القاسم، ولأنه يقول: فاسد على كل حال.

فإن قيل لمَ لَمْ يسقط ويصح عقد القراض؟

أجيب: بأنه إنما ثبت إسقاط الشرط، وصحَّ العقد في العقود المبنية على

---

(1) قوله: (الوديعة من المدونة) يقابله في (ش): (وديعة المدونة).

(2) البيان والتحصيل، لابن رشد: 12/374، وما بعدها.

(3) المشدالي: انظر ابن سهل قرب تراجم الأكرية من أواخر البيوع.

(4) التهذيب: 3/530.

المكايسة بالأصالة، وعقد القراض مستثنى، فكل ما يبعده عن أصله أثَّر فيه، والحجر يبعده.

قوله: (لم يجز إذا كان لم يخلطهما).

وغلَّط ابنُ يونس هنا ابنَ مزينٍ في الحساب.

قال أبو محمد صالح: ومعرفة ما ذهب إليه ابن مزين [51/أ] أن تنظر أقل عدد يقوم منه النصف والثلث تجده ستة، ثلثها للعامل، ونصفها لرب المال، الباقي واحد يدعيه العامل تمام ربحه على المائة التي هي على النصف، ويدعيه رب المال تمامَ ربحه على المائة التي هي على الثلثين، فلما تساوت دعواهما تحاصّا فيه.

وقال مرَّةً أخرى: تأخذ أقل الأجزاء من النصف والثلث، فتنظر من أين يقوم الثلث، فتعطي العامل من ثلثه، ولرب المال ثلثيه، ثم تنظر أقل مقام يقوم منه النصف بعد ثلاثة فتجده أربعةً، فتعطي العامل[1] نصفَه اثنين إلى واحد، صارت ثلاثة، ولرب المال اثنين إلى اثنين صارت أربعة إلى ثلاثة صارت سبعة، وهذا بين، وكلاهما فيه نظر.

انظر: النكت[2].

(1) قوله: (من ثلثه ولرب المال ثلثيه... العامل) ساقط من (ع).

(2) انظر: النكت والفروق، للصقلي: 2/134.

وإذا دفع العامل ثمن سلعة بغير بينة، فجحده البائع وحبس السلعة، فالعامل ضامن، وكذلك الوكيل على شراء سلعة بعينها، أو بغير عينها، يدفع الثمن فيجحده البائع، فهو ضامن، ولرب المال أن يغرمه إياها[1].

قوله: (**وإذا دفع العامل ثمن سلعة...**) المسألة.

ابن رشد: في سماع عيسى[2] قوله: إن الحميل دفع عشرة إلى الطالب من مال المطلوب بحضرته دون إشهاد، فأنكر الطالب أنه لا ضمان على الحميل[3] الدافع؛ لأن التقصير من المطلوب الذي له المال إذا لم يشهد، بخلاف إذا كان الدفع بغير حضور المطلوب أن الدافع يضمن[4]، هذا كقولها في المقارض: (**يدفع ثمن سلعة...**) المسألة[5].

وإذا اشترى العامل أباه، أو من يعتق عليه، فإن كان قد علم وهو مليء عتقوا عليه، وغرم لرب المال رأس ماله، وحصة ربحه على ما قارضه، وإن لم يعلم وكان فيهم فضل فكذلك أيضاً، وإن لم يكن فيهم فضل لم يعتقوا وبيعوا، وإن كان فيهم فضل ولا مال للعامل بيع منهم لرب المال بقدر رأس ماله وحصة ربحه، وعتق ما بقي على العامل علم أو لم يعلم[6].

---

(1) التهذيب: 3/538.

(2) قوله: (عيسى) ساقط من (ش).

(3) في (ع): (الحامل).

(4) قوله: (الدافع يضمن) يقابله في (ع): (الضامن يدفع).

(5) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 11/316.

(6) التهذيب: 3/539.

قوله: **(وغرم لرب المال رأسَ ماله)**.

قال بعضهم: يريد يوم الحكم إلا أن يكون الثمن الذي اشتراه به أكثر، فيتبعه بالزائد في ذمته.

قوله: **(فكذلك أيضاً)**.

التشبيه في مطلق الرجوع والعتق لا في صفة الرجوع، فإنه لا يرجع عليه هنا بالأكثر كالتي قبلها إذا كان عالماً.

وظاهره سواء كان ملياً أم لا، لكنَّ سياق الكلام يدل أنه مليء.

قوله: **(وإن كان فيهم فضل ولا[1] مال للعامل...)** إلى قوله: **(... علم أم لا)**.

أما قوله: **(علم)** فهو جارٍ مع قوله: **(بيع...)** إلى آخره.

وأما قوله: **(أو لم يعلم)** فحكمه حكم العبد بين الشريكين يعتق أحدهما نصيبه وهو معسر، فللآخر أن يبقي حصته رقيقاً أو يعتقه، إلا أن يريد بيعه، وطلب ماله فله ذلك.

ومن أخذ من رجل مالاً فقال: هو في يدي وديعة أو قراض، وقال ربه: بل أسلفتُكَه، فالقول قول رب المال مع يمينه، وإن قال العامل قراضاً، وقال رب المال: بل أبضعتكه لتعمل به، فالقول قول رب المال مع يمينه، وعليه للعامل أجر مثله[2].

قوله: **(وقال ربه: بل أسلفتُكَه، فالقول قول رب المال)**.

---

(1) في (ع): (إلا).

(2) التهذيب: 3/ 541.

سئل ابن لبابة ومحمد بن وليد عن رجلٍ نازع يهودياً في ثوب باعه اليهوديُّ، وادعى المسلمُ أنه باعه من اليهوديِّ ولم يقبضْ ثمنه، وادعى اليهوديُّ أنه سمسار أمره ببيعه، وبعته ورددت إليك ثمنه وأخذت أجرتي

فقال: الذي يذهب إليه جُلُّ أصحاب مالك وسحنون[1]؛ القول قول اليهودي مع يمينه.

وقالوا: كلُّ من أقر بشيء في أمانته فلا يتعدَّى إلى ذلك.

ابن سهل: قولها هٰهنا: **(القول قول رب المال)** إذا قال: قرض، والعامل: قراض، وقولها في الوكالات في مسألة الحنطة والتمر[2] خلافُ هذا الجواب. ألا ترى أنه جعل صاحب المال هو المصدقّ!

والصواب أن يكون جوابهم في المسألة ينافي العتبية - في غير مسألتهم - في رجل أتى إلى رجل، فقال له: هات ثمن الثوب الذي بعتك، فقال له: ما بعتنيه ولكن أمرتني أن أبيعه، القول قول صاحب الثوب، ويحلف أنه ما باعه منه، يريد لينفي دعواه الوكالة فإن نكل حلف الآخر وبرأ.

ابن سهل: زاد ابن لبابة زيادةً لم تقع في الرواية، وهي قوله: **(وقد ضاع**

---

(1) المشدالي: قول سحنون المشار إليه هو قوله في ثالث رسم (العرية) من سماع عيسى من كتاب الدعوى فيمن قال لرجل: ادفع لي ثمن جاريتي التي بعتك، وقال المطلوب: بل أودعتنيها. انظر تمامها في البيان.

(2) المشدالي: مسألة الحنطة والتمر التي أشار إليها هي قوله في الوكالات من المدونة: (قال مالك فيمن دفع إلى رجل ألف درهم ليشتري له بها حِنطة فاشترى بها تمراً وقال: بذلك أمرتني؛ فالقول قوله، ورب المال مدع)، وقاله: أشهب، قال أصبغ: وإليه رجع ابن القاسم بعد أن كان يقول: القول قول رب المال.

مني). انظر تمامه[1].

---

(1) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 444.

وزاد المشدالي بعده: المشدالي: أنت ترى أن ما في المدونة موافق لجواب الشيخين لا مخالف له كما فهم الوانوغي رحمه الله، ولم يأت ابن سهل بها إلا على أنها موافقة لفتواهما، وكذلك مسألة القراض إنما أتى بها لما روي عن مالك فيها أن القول قول العامل، فكأن الشيخين اعتمدا في جوابهما على مسألة الوكالات وعلى ما روي عن مالك في مسألة القراض أن القول قول العامل.

قال ابن حبيب: ثم رجع مالك عن هذا إلى أن القول قول رب المال، وبه أخذ مطرف وابن الماجشون وأشهب وابن وهب. قال ابن حبيب: وبه أقول، ورواه ابن وهب أيضا عن مالك في المبسوط.

المشدالي: وهذا هو مذهب المدونة الذي هو مخالف لجواب الشيخين.

ولهذا قال ابن سهل بعد أن ذكر ما قدمناه: فقد ظهر بما أوردناه أن رب المال هو المصدق عند أكثر أصحاب مالك بخلاف ما قال ابن لبابة وصاحبه.

المشدالي: وأما مسألة العتبية التي قال ابن سهل فيها إنها عين المسألة، فهي في رسم البراءة من سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح.

وانظر: ابن سهل في مسائل الدعاوى، وانظرها أيضاً في: الشيخ في كراء الدور، وما حكى ابن يونس عن بعض القرويين؛ لو قال: بعتها منك بعشرة، وقال الآخر: بل وهبتنيها.

وتأمل ما أشار إليه التونسي من الاعتراض على ما في كتاب محمد في مسألة دعوى الوكالة على البيع أنهما يتحالفان وترد السلعة إلى ربها بأنهما مقران على صحة البيع، لأن البائع يقول: بعتُ لأنك أمرتني بذلك، وربها يقول: هي ملكك فبيعك إياها صحيحٌ، فلا ينقض البيع على التقديرين.

حَكَى هذا الاعتراض ابن يونس وابن رشد والشيخ.

وانظر: اللخميَّ في الوكالات والورقة الحادية عشر من بيوع جامع الأحكام. =

قلت: ونحو جوابهما في سماع أشهب من الدعوى - فيمن قال: لي عليك عشرة من ثمن سلعة بعتها لك، وقال الآخر: لا، ولكن لك عندي عشرة وديعة وضاعت -: القول قول مدعي الوديعة؛ يحلف لقد ضاعت.

ابن رشد: هذا واضح؛ لأن مدعي ثمن السلعة مدعٍ فعليه البينة، والآخر مدعى عليه، ولا يؤاخذ أحد بأكثر مما أقرَّ به على نفسه[1].

= وسئل ابن رشد عمن ادعى على رجل أنه باع منه طعاماً بثمنٍ معلومٍ إلى أجلٍ معلومٍ، فلما حلَّ الأجلُ وطلبه في الثمن، قال المطلوب: لم أشتر منك وإنما أخذتُه منك سلفاً.

وهل يدخلها الخلاف الذي في مسألة من قال: أقرضتك وقال الآخر: أودعتني وتلفتْ، فإنها نزلت ببعض الحكّام وشبّهها بها بعض من سأله عنها، وقال غيره: لا تشْبهها، والقول قول مدعي السلف اتفاقاً.

والفرق: أن مدعي الوديعة لم يوجب في ذمته شيئاً للمدعي، وفي هذه قد أوجب في ذمته سلفاً طعاماً، فمن ادعى على الذمة خلاف ما اعترف به أو زائداً فعليه البيان؛

فأجاب: القول قول مدعي السلف من غير خلاف لما أشرتم إليه من الفرق، وإن كانت العبارة غير جيدة.

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 14/145، 146.

وزاد المشدالي بعده: قال ابن رشد بإثر ما سبق: ولا اختلاف في هذه المسألة؛ لأن الذي ادعي عليه العشرة من الشراء ينكر أن يكون اشترى؛ فالقول قوله أنه ما اشترى منه شيئاً، بخلاف ما لو دفع إليه مئة أو عشرة، فقال الدافع: دفعتها إليك سلفاً، وقال القابض: بل وديعةً، فضاعَتْ.

هذه يختلف فيها فيقول ابن القاسم: القول قول الدافع.

ويقول أشهب: القول قول القابض، على أصله في أنه لا يؤخذ أحد بأكثر مما أقر به على نفسه، وهو قول ربيعة ومالك في رواية ابن وهب.

وإذا قال العامل: رددت إليك رأس مالك والذي بيد ربح، وقال ربه: لم تدفع إليّ شيئاً، صدق رب المال ما دام في المال ربح وعلى العامل البينة[1].

قوله: (**وإذا قال العامل: رددت إليك رأس مالك...**) المسألة.

قال المتيطي وغيره: لو قال رب المال للعامل: أين مالي؟ فقال: هو عندي منه شيء، ومنه غنم بموضع كذا؛ تمضي معي وأدفع لك الغنم وأعطيك الذي هنا.

فقال ابن عتَّاب: عليه حميل بوجهه حتى يثبت ما ادعاه من موت الغنم، فإن لم يقم حميلاً فليلازمه الغلام حتى يثبت ذلك، ويعتزل جميع ما يوجد في منزله مما يثبت أنه للرجال، ويلازمه في ذلك كله الغلام.

وقال ابن أبي عبد الصمد: لا ضمان عليه، ولا يلازمه غلام؛ لأن مال القراض في الأمانة.

ابن سهل: والصواب عندي في هذه المسالة أنه يلزمه إحضار جميع المال، ولا يقبل منه ما ادعاه من موت الغنم؛ لقوله: «المال عندي» إذ وقفه عليه، وهو إقرار منه بجملته ولا يقبل منه دعواه في مجلسه أنَّ بعضه ذهب بموت ولا غيره؛ لأنه لو قال بعد هذا للإقرار: «قد ذهب جميعه[2]»، وإنما قلت: «هو عندي» طمعاً في تأخيرٍ حتى أنظر في أمري وشبهه؛ لم يسمع منه، وقد ظهر لَدَدُهُ ورَوَغَانُه، ووجب عليه ضامنٌ به حتى يحضره. والله أعلم[3].

---

(1) التهذيب: 3/542.

(2) في (ع): (جماعة).

(3) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 312.

كتاب الشركة



كتاب الشركة

وإذا اشترك ثلاثة نفر أتى أحدهم برحى، والآخر بدابة، والثالث بالبيت؛ على أن يعملوا بأيديهم، والكسب بينهم أثلاثاً، فعملوا على ذلك، وجهلوا أنه لا يجوز، فإن ما أصابوا يقسم بينهم أثلاثاً إن كان كراء البيت، والرحا والدابة معتدلاً، وتصح الشركة؛ لأن كل واحد منهم أكرى متاعه بمتاع صاحبه، ألا ترى أن الرحا والبيت والدابة لو كان ذلك لأحدهم، فأكرى ثلثي ذلك من صاحبيه، وعملوا جازت الشركة[1].

قوله: (ألا ترى أنَّ الرحى والبيت).

في هذا الاستدلال نظرٌ؛ لأن الصورة المستدل عليها فاسدة؛ لعدم التقويم، وفي المستدل بها صحيحةٌ للتقويم، فلا يلزم من صحة الشركة فيها صحتها في الأولى.

وإن جمعا دابتيهما على أن يكرياهما ممن أصابا والكراء بينهما، لم يعجبني ذلك، إذ لا يدوم ذلك، وقد يكري هذا ويبقى هذا، وكذلك على رقابهما، وقد تختلف الغايات، إلا فيما لا يفترقان فيه فيجوز[2].

قوله: (وقد يُكرى هذا ويبقى هذا).

---

(1) التهذيب: 3/549.

(2) التهذيب: 3/550.

قلتُ - وصوَّبه شيخنا أبو عبد الله بن عرفة -: تؤخذ من هنا مسألةُ طلب الزكاة، والاشتراك فيها؛ إنما تصح على مقتضى هذا التعليل إذا توجها لأندر واحد، وأما إن اشتركا على أن ما [51/ب] يجمعان فهو بينهما ويفترقان في الطلب فلا يجوز.

ألا ترى إلى أوَّله: (وقد يكري هذا)، فشرط العلة قائمة فيهم؛ لأنه قد يصيب أحدهم دون الآخر؛ ولأن سعيهم هو رأس مالهم وهو مختلِف، والربح متساوٍ.

وفي الطرر: على مسألة المدونة في البزاة بشرط واحد.

أما الشركة في الرقاب، أو الطلب واحد؛ قال في الاستغناء: لأن البزاة والكلاب يفترقان، وكذلك أهل السرايا إذا كان سيرهم وغارتهم في مكان واحد، وإلا لم يجز.

وإن عملا في المعدن معاً فأدركا نيلاً كان بينهما. قلت: فمن مات منهما بعد إدراكه النيل؟ قال: قال مالك في المعادن: لا يجوز بيعها؛ لأنها إذا مات صاحبها الذي عملها أقطعها الإمام غيره، فأرى المعادن لا تورث[1].

قوله: (**قلت: فمن مات منهما بعد إدراكه النيل...**) المسألة.

قال في تعليقه القابسي: ليس كذا في المدونة مفسراً بأنه مات بعد إدراك النيل، وإنما سأله أسد عن ذلك، فقال:

قال مالك: (**لا يباع المعدن لأنه إن مات أقطع لغيره**)، ففهم منه أبو محمد

(1) التهذيب: 3/551-552.

أن جوابه على ما أدرك نيله؛ بدليل: أن أسداً قنع.

واختصرها لإشكال الجواب، فإنَّ ظاهر الجواب أن ما أدرك من النيل وأخذ ونقل وحيز فحصل الموت بعد ذلك أنه لا يورث؛ بل ولو قسم تراب النيل.

ولذا قال التونسيُّ: جواب ابن القاسم؛ مُشكل.

قلت: بل الصواب ما في المدونة - ما سنقرر- وإنما اختصرها لعدم الجواب مطابقةً، وإنما هو باللزوم.

وتقريره أن يقال: استدل بعدم الملك على عدم صحة البيع، فالإرث والبيع فرع الملك، ولا ملك؛ فلا بيع ولا إرث.

بيان الملازمة: أن ما يمكن أن يتوهم ملكيته في المعدن إما الرقبة، أو المنفعة، أو الانتفاع.

فالأوَّلان باطلان.

والثالثُ لا يصح فيه الميراث[1]؛ لأن من حقيقته قصره على ذاتٍ، فلا يتعدى إلى غيرها.

وإلى هذا المعنى أشار في المدونة بقوله: **(لأنه إن مات أقطعت لغيره)**[2]؛ لأن الذي ملكه الإمام لهذا إنما هو الانتفاع ما دام حياً، فإذا مات لم يصح فيه حينئذ ميراث ولا بيع.

---

(1) قوله: (بيان الملازمة: أن ما يمكن أن يتوهم... الميراث) ساقط من (ع).

(2) انظر: المدونة (زايد): 8/358، و(السعادة/صادر): 12/51، و(العلمية): 3/602.

ومن علم الفرق بين مالكِ المنفعة ومالك الانتفاع يتضح له هذا التقرير[1].

ولا بأس أن يشتركا بعرضين مختلفين، أو متفقين أو طعام وعرض، على قيمة ما أخرج كل واحد منهما يومئذ، فبقدره الربح والعمل، وإن اتفق قيمة العرضين المختلفين وعرفا ذلك في العقدة واشتركا بهما جاز، وهذا بيع لنصف عرض هذا بنصف عرض الآخر[2].

قوله: **(لا بأس أن يشتركا بعرضين مختلفين...)** المسألة.

قال في تعليقة القابسي: انظر! هذا بيع وشركة إجازة؛ لأنه في نفس الشركة بخلاف مخرج مائة والآخر ألف؛ لا يجوز، ولو كان الصرف في نفس الشركة كما اعتلَّ سحنون، وقد نفى بينهما المناجزة.

قال ابن القاسم: ولا باس أن يخرج هذا ذهباً وفضة، وهذا مثلَه من ذهب وفضة، وإن اشتركا بمالين سواء، فأخرج كل واحد ذهبه فصرّها على حدة، وجعلا الصرتين بيد أحدهما أو في تابوته، أو خرجه فضاعت واحدة، فالذاهبة منهما، وإن بقيت صرة كل واحد منهما بيده، فضياعها منه حتى يخلطا، أو يجعلا الصرتين عند أحدهما[3].

(1) المشدالي: قال القرافي: تمليك الانتفاع نريد به أن يباشر هو بنفسه فقط، وتمليك المنفعة أعم وأشمل، فيباشر بنفسه ويمكّن غيره من الانتفاع بعوض - كالإجارة - وبغير عوض - كالعارية - انظره في الفرق الثلاثين.

(2) التهذيب: 3/554.

(3) التهذيب: 3/560.

قوله: **(لا بأس أن يخرج هذا ذهباً وفضةً...)** المسألة.

تقرير معارضتها لما في السلَم الثالث أن يقال: المتعدد من الجانبين؛ إما أن يكون متماثلاً من كل وجه، فيلزم جواز مسألة السلَم، أويتفاوتاً فيمتنع في الشركة؛ إذ لا يجوز أصلاً[1] اختلاف رأس المال والتساوي في الربح على سبيل الشركة؛ إلا طوعاً.

الجواب: أنا لا نسلِّم التساوي في تقابل العِوَضَين، ولو تساويا لما فعله عاقل، فلا بد من شيء زائد في أحد الجانبين اغتزاه الأخير، وهو عين ربا الفضل المعنوي، فامتنع لذلك ما في السلم، ونحوه في الصرف؛ لأن ذلك الزائد يغتزيه كل واحد على سبيل المبايعة الحقيقية؛ ليستبدَّ بها عن صاحبه، ولَمَّا فُقِد هذا المعنى في الشركة ضعف إتمامها؛ لعدم استبدادهما، ولعدم المبايعة الصريحة[2].

وما ابتاع أحد المتفاوضين من بيع صحيح أو فاسد لزم الآخر، ويتبع البائع بالثمن أو القيمة في فوت الفاسد أيهما شاء[3].

قوله: **(وما ابتاع أحد المتفاوضين)**.

قلت: يؤخذ من هنا أن الوكيل إذا اشترى شراءً فاسداً لا شعور له به؛ أنه يلزم الوكيل في الفوات، كما لو تولَّى هو ذلك بنفسه ولا يضمن، وهو قوله

---

(1) قوله: (أصلا) زيادة من (ع).

(2) المشدالي: المسألة المعارض بها هي: مسألة مد من قمح وشعير بمثلهما، الواقعة في أواخر السلم الثالث.

(3) التهذيب: 3/ 563.

كلام ابن محرز في الوكالات.

الطرر عن المشاور: إنْ أحبَّ أحد المتفاوضيْن القسمة، وكره الآخر وعليهما ديون، لم يقسما حتى يؤديا الديون؛ لأن[1] كليهما حميل بجميع المال، افترقا أم لا.

وفي المجالس: لهما أن يقتسما، ويأخذ كل غريم صاحبه بأداء ما عليه؛ مخافة أن يفلس، فيرجع عليه من الاستغناء[2].

وإن تفاوضا بأموالهما في جميع التجارات، وليس لأحدهما مال دون صاحبه، فاشترى أحدهما من مال الشركة جارية لنفسه، وأشهد على ذلك، خيّر شريكه بين أن يجيز له ذلك، أو يردها في الشركة. قلت: فإن ابتاعها للوطء، أو للخدمة من مال الشركة، أتكون له أم في الشركة؟ قال: قيل لمالك: إذا كان كل واحد منهما يشتري الأمة من مال الشركة، فيطؤها ثم يبيعها، ويرد ثمنها في رأس المال؟ قال: لا خير في ذلك[3].

قوله: (**قلت: فإن ابتاعها للوطء...**) المسألة.

اختصرها لإشكالها من عدم الجواب، وإجمال السؤال، والجواب أيضاً.

أما إجمال السؤال فقوله: (**اشتراها للوطء**).

فهل معناه: بإذن الشريك؟

وهل معناه: ووطِئ أم لا؟

---

(1) قوله: (لأن) ساقط من (ش).

(2) انظر: الوثائق، لابن سلمون: 2/28.

(3) التهذيب: 3/564.

وهل معناه: اشترى للوطئ لنفسه أو لشريكة؟

وهذه الاحتمالات كلها[1] في الجواب، ولهذا اعتنى الأشياخ بتفاصيلها؛ لعدم المساواة في الأحكام.

وإذا أودع رجل لأحدهما وديعة، فعمل بالوديعة تعدياً فربح، فإن علم شريكه بالعداء ورضي بالتجارة بها بينهما، فلهما الربح والضمان عليهما، وإن لم يعلم فالربح للمتعدي وعليه الضمان خاصة. وقال غيره: إن رضي الشريك وعمل معه، فإنما له أجر مثله فيما أعانه، وهو ضامن، وإن رضي ولم يعمل معه فلا شيء له، ولا ضمان عليه، ولا يوجب الرضا بذلك دون بسط اليد ضماناً ولا ربحاً، إلا من وجه قول الرجل للرجل: لك نصف ما أربح في هذه السلعة، فله طلبه بذلك ما لم يفلس أو يمت[2].

قوله: (**إلا من وجه قول الرجل للرجل**).

ابن رشد - في سماع أصبغ من الشركة -: العِدَةُ إذا كانت من غير سببٍ، المشهور عدم لزومها.

وقيل: تلزم، وهو ظاهر قول الغير في شركة المدونة؛ لأنه جعل ذلك (**من وجه قول الرجل...**) إلى آخره[3].

قلت: وفي سماع عيسى من الأيمان بالطلاق - فيمن قال لامرأته: إن

(1) في (ع): (أيضا).

(2) التهذيب: 3/567.

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 12/48.

ولدتِّ غلاماً[1] فلك مائة، وإن ولدت جارية فأنت طالق - وقع الطلاق ولا يقضى عليه بالمائة؛ لأنها ليست هٰهنا بصدقةٍ ولا هبةٍ.

ابن رشد: حُمِل قوله - في المائة - محمل العِدَة لَمَّا لم يقل: "في مالي"، ولا ذكر أنه صدقةٌ ولا هبةٌ ولا عطية.

فلذا[2] قال: "لا يقضى بها"؛ لأنها ليست على سبب هو من فعل الموعود، والأظهر اللزوم، ويحمل أنه أراد "من مالي" فيحكم عليه بها ما لم يمت أو يفلس.

قال غيره في شركة المدونة في الذي يقول: **(لك ما أربح...)** المسألة.

وإنما العِدَةُ أن يقول: "أنا أفعل"، وأما إذا قال: "قد فعلتُ" فهو عطية.

وقوله: **(لك كذا)**، هو أشبه بـ "قد فعلتُ" لا بـ "أنا أفعل"[3].

ولو استعار رجل دابةً ليحمل عليها غلاماً له، فربطها في داره وأتى أجنبي، فحمل عليها ذلك الغلام نفسه فعطبت، كان ضامناً؛ إذ لم يأذن له ربها ولا وكله المستعير[4].

قوله: **(فحمل عليها ذلك الغلام)**.

الشيخ[5]: انظر! ضمَّنَه مع حصول المستعار له.

---

(1) قوله: (غلاماً) ساقط من (ع).

(2) في (ش): (فإذا).

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 6/183.

(4) التهذيب: 3/568-569.

(5) في (ع): (ابن رشد).

وهل هو[1] النقض في العلل، وهو وجود العلة ولا حكم؟ أو يقال: العلة في المسألة الأولى التي نفى عنه الضمان مركبةٌ من وصفَين[2].

وإن مات أحد المتفاوضين، فأقر الحيّ منهما أنهما رهنا متاعاً من الشركة عند فلان، وقال ورثة الهالك: بل أودعته أنت إياه بعد موت وليّنا، فللمرتهن أن يحلف مع شاهده الحي ويستحق الجميع رهناً، فإن أبى فله حصة المقر رهناً[3].

قوله: (**فللمرتهن أن يحلف مع شاهده**).

قلت: تقرير إشكال هنا أن يقال: قد قرر أهل المذهب أن وجود الرهن بيد المرتهن وتقارره مع الراهن لا يكون موجباً لاختصاص المرتهن به في فلس الراهن و موته، وجعل هنا قول الراهن كافياً، فيلزم مثله في غير الشريك، وحينئذ ظهر عدم صحة الاستدلال؛ لخلو مسألة الاستدلال من هذا المعنى، فتأمله، ﴿وَٱللَّهُ خَلَقَكُمۡ وَمَا تَعۡمَلُونَ﴾ [سورة الصافات آية: 96].

وإن جحد أحد المتفاوضين الشركة، فأقام عليه الآخر البينة، فهلك المال بيد الجاحد في الخصومة، فإنه ضامن لحصة الآخر؛ لأنه كالغاصب يمنعه[4].

---

(1) قوله: (وهل هو) يقابله في (ع): (وهذا).

(2) المشدالي: يعني استعمالها فيما استعيرت له، وكون المستعمل هو المستعير أو من أقامه مقامه، وهذا الوصف الثاني مفقود في الثانية، فلذلك أوجب عليه الضمان؛ لانتفاء علة سقوطه بانتفاء أحد جزأيها، فلا نقض في العلة. والله أعلم.

(3) التهذيب: 3/572.

(4) التهذيب: 3/573.

قوله: **(لأنه كالغاصب لمنعه).**

قال في نوازل سحنون من الرهون - فيمن ادعى قِبَلَ رجلٍ حقاً فقضي له به عليه، فسأل المقْضيُّ عليه المقْضِيَّ له أن يؤخره ويجعل في يده رهناً حيواناً، ففعل، فمات الحيوان عند المرتهن، فأقر المقْضيُّ له - أنَّ دعواه وما قضي له به كان باطلاً.

قال أشهب: هو ضامن للرهن؛ [52/أ] لأنه أخذ منه رهناً في غير حقه، فكأنه غصبه إياه.

ابن رشد: قول أشهب في هذه المسألة أن المرتهن ضامن للحيوان صحيح؛ لأنه أقر على نفسه بالعداء على الراهن، ولو قامت بينة للراهن على بطلان ما ادعاه قبله لانبَغى أن يلزمه ضمان؛ إذ لم يأخذه على الضمان، ولا ادعاه[1] ملكاً لنفسه، بخلاف الأمَة تكون بين الشريكين فيجحد أحدهما نصيب صاحبه منها، ويدعيها ملكاً لنفسه، فتموت عنده ثم يقيم شريكه البينة أنها بينهما.

فقيل: إنه يضمن، وهو ظاهر ما في آخر شركة المدونة، إذْ لم يفرق في ذلك بين الحيوان وغيره.

وروى أصبغ عن ابن القاسم: لا ضمان في الحيوان[2].

انظر تمامه[3].

---

(1) في (ش): (ادعى).

(2) البيان والتحصيل: 11/108 - 109

(3) المشدالي: قال ابن عرفة في ترجمة الاستحقاق من المختصر: ولو خاصم المستحق في الإبان، وحُكِم له بعد ذهابه، ففي كون الكراء للأول أو للمستحق قولان.

=

=

وخرجها المازري على الخلاف في المترقبات هل يعتبر الحكم بها يوم ثبوت سببها أو يوم حصولها؟ ومنه من أعتق عبده في سفره فقدم فأنكره، وقدم من شهد عليه فحكم عليه، هل يقدر الحكم يوم أعتق؟ أو يوم ثبت؟ فيها اختلاف فيه، وقد يقال: إن كانت مخاصمة المستحق منه بِمَا له وجهٌ فالكراء له، وإن كانت بباطل واضح فهو لمستحقها. وحضرت فتوى اللخمي لقاض - فيمن دعتْ زوجَها للبناء بها، فأنكر النكاح، فأثبتته - بأنه إن خاصم الزوجة بتأويل وشبهة فلا يطالب بالنفقة أيام الخصام، وإن خاصمها بباطل واضح، قضي لها بالنفقة.

المشدالي: وانظر في رسم (حمل صبياً) من سماع عيسى، من كتاب الاستحقاق - فيمن ادعى على رجل أنه استودعه أمَة أو غصبه إياها، فيجحد ذلك، ثم تموت الأَمَة، ويقيم المدعي بعد موتها بينة بالإيداع أو الغصب أنه ضامن.

وانظر رسم (قطع الشجر) من سماع ابن القاسم من كتاب الدعوى.



كتاب الأقضية



كتاب الأقضية

قلت: لا خفاء في جلالة هذه الخِطة، وكونها أعظم الخطط وأعلاها ذِكراً، وعلى القاضي مدار الأحكام، وإليه النظر في جميع وجوه القضاء، ولا نزاع في كثرة عوائقها ومصائبها، وحُقَّ لها ذلك؛ إذْ **حُفَّتِ الجنة بالمكاره، وأجْرُك على قدر نَصَبك.**

ولا امتراء في صحة ما في سماع أشهب من الأقضية.

قال ما نصه: وقال عمر بن حسين: ما أدركنا قاضياً استُقضيَ بالمدينة، إلا وكآبة القضاء وكراهيته في وجهه؛ إلا قاضيان سمّاهما[1].

ولا خلاف بين المحققين أن القاضي في هذا الزمان مفتقرٌ إلى حفظٍ واسعٍ، واطلاعٍ بارعٍ، وإدراكٍ جيدٍ نافعٍ؛ وخصوصاً المدونة، فإن فيها رزمةً وافرةً فيما يرجع إلى اقتناص الأحكام.

ومِنْ كُتُبِ الأحكام المتيطية فإن فيها جملةً صالحةً، والتوفيق بيد الله تعالى.

وروي أن عمر بن عبد العزيز ﷺ كتب إلى عدي بن أرطأة عامله بالبصرة أن اجمع بين إياس بن معاوية والقاسم بن ربيعة فولِّ القضاء أنفذهما، فجمع عدي بينهما، وقال لهما ما عهد به عمر إليه.

فقال له إياس: سَلْ عني وعن القاسم فقيهَي المصر؛ الحسن وابن سيرين، - وكان القاسم يأتي الحسن وابن سيرين، وكان إياس لا يأتيهما - فعلم القاسم

---

(1) البيان والتحصيل: 9/187، والمقدمات الممهدات: 2/257.

أنه إن[1] سألهما أشارا به، فقال له: لا تسأل عني ولا عنه، فو الله الذي لا إله إلا هو إن إياس بن معاوية أفقه مني وأعلم بالقضاء، فإن كنتُ كاذباً فما[2] عليك أن تولّيني وأنا كاذب، وإن كنتُ صادقاً فينبغي لك أن تقبل مني قولي.

فقال له إياس: إنك جئت برجلٍ وأوقفته على شفا جهنم فنجَّى نفسَه منها بيمين كاذبة؛ فيستغفر الله منها، وينجو مما يخاف.

فقال له عدي: أما إنك إذ فهِمتها فأنت لها، فاستقضاه.

قلتُ: وحق علينا حينئذ التبرك برسالة سيدنا ومولانا أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ﷺ التي كتبها لقاضيه أبي موسى الأشعري، وقد اعتنى بها كثيرٌ من المصنِّفين كالمتيطي وابن المناصف وغيرهما، وفيها كثير من الأحكام والآداب ونصها:

بسم الله الرحمن الرحيم

من عبد الله عمر أمير المؤمنين إلى عبد الله بن قيس: سلام عليكم، أما بعد؛ فإن القضاء فريضة محكمة، وسنة متبعة، فافهم إذا أدلي إليك، وأَنفِذ إذا تبيَّن لك، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له.

وآسِ[3] بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك.

البينة على من ادعى واليمين على من أنكر.

---

(1) قوله: (إن) ساقط من (ش).

(2) في (ش): (ما).

(3) في (ع): (آس).

والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحلَّ حراماً أو حرم حلالاً.

ولا يمنعك قضاءٌ قضيتَه اليوم فراجعتَ فيه عقلك وهُديتَ فيه إلى رشدك أن ترجع إلى الحق، فإن الحق قديم، ومراجعةُ الحقِّ خيرٌ من التمادي على الباطل.

الفهمَ الفهمَ فيما تلجلج في صدرك مما ليس في كتاب ولا سنة، ثم اعتبر الأشباه والأمثال فقس الأمور على ذلك، واعمد إلى أقربها عند الله وأشبهها بالحق.

واجعل لمن ادعى حقاً غائباً أو بينةً أمداً ينتهي إليه؛ فإن أحضر بينة أخذتَ له بحقه، وإلا استحللتَ عليه القضية، فإنه أنفى للشك وأجلى للعمى.

المسلمون عدولٌ بعضهم على بعض؛ إلا مجلوداً في حدٍ أو مجرَّباً عليه شهادة زور، أو ظنينا في ولاء أو نسب، فإن الله تولى منكم السرائر ودرأ بالبينة والأيمان.

وإياك والقلق والضجر، والتأذي بالخصوم، والتنكر عند الخصومات، فإن الحق في مواطن الحق يُعظِمُ الله به الأجرَ، ويحسن عليه الذُّخرَ؛ فمن صحت نيته وأقبل على نفسه كفاه الله ما بينه وبين الناس، ومن تخلق للناس بما يعلم الله أنه ليس من نفسه، شانَه الله، فما ظنك بثواب الله في عاجل رزقه، وخزائن رحمته! والسلام[1].

---

(1) المقدمات الممهدات: 2/267 - 268.

وإذا قضى القاضي بقضية فيها اختلاف بين العلماء، ثم تبين له أن الحق غير ما قضى به، رجع فيه، وإنما لا ينقض ما حكم فيه غيرُه مما فيه اختلاف[1].

قوله: **(وإنما لا ينقض ما حكم فيه غيره).**

قلت: ظاهر المدونة أن المفتي له أن يفتي بخلاف ما حكم به القاضي.

وهو جواب ابن عتاب وابن القطان في مسألة ابن حاتم المحكوم عليه بالزندقة؛ فأفتى فقهاء طليطلة بقتله بعد الإعذار إليه، فقبله القاضي وحكم به وأمضاه، وكتب فيها إلى ابن عتَّاب وابن القطَّان فأجابا بقتله دون إعذار.

قال ابن سهل: جواب ابن عتاب وابن القطان غير سالم من الوهم أو الغفلة؛ لأن القاضي قد أخذ بقول من شاور من فقهاء طليطلة، ولم يختلف عليه واحد منهم بالإعذار، وحكم به، وصار من باب حُكمٍ - قضى به قاض - فيه خلاف، فلا يجوز لمن بعده التعرض له، ولا له نقضُه، ولا خلاف في هذا في المذهب.

واختيار ابن عتاب وابن القطان[2] غير موافق للمذهب، والذي أفتيتُ به في هذه القضية هو ما قاله فقهاء طليطلة، وهو ثبوت الإعذار[3].

قلت: وظاهر قول ابن سهل أن المفتي ليس له أن يفتي بخلاف ما قضى به القاضي إذا كان يعلم ما قضى به.

---

(1) التهذيب للبراذعي: 3/575.

(2) قوله: (ابن عتاب وابن القطان) يقابله في (ع): (الشيخين).

(3) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 712، 713.

وما فعله ابن عتاب وابن القطان يدل على جوازه.

وهو صوابٌ؛ لأنه[1] فتوى لا حكم، حتى يستلزم نقض حكم قاض.

ولا تبطل شهادته إلا أن يعرف كذبه فيما شهد به، فترد شهادته في هذا، وفي غيره[2].

قوله: (**ولا تبطل شهادته إلا أن يعرف كذبه**).

وقال في السرقة: هم على الكذب حتى يعرف صدقهم.

ابن رشد: وهو خلاف، ويؤخذ منه أن الشاهد محمول على غير العدالة حتى يُعدَّل[3].

---

(1) في (ش): (لا).

(2) التهذيب للبراذعي: 3/576.

(3) انظر: البيان والتحصيل: 10/80.

وزاد المشدالي بعده: قال ابن رشد في رابعة سماع يحيى من الشهادات، قال في هذه الرواية وفي سماع زونان: إنه لا يجوز للقاضي أن يكتب في تعديل من شهد عنده إلا أن يرضى حاله ويثق باحتياطه.

ولم ينص في شيء من ذلك هل يلزمه أن يكتب إليه في تعديل من شهد عنده إن كان من أهل الثقة والرضى؟ أو لا يلزمه؟

والذي أقول به أنه يلزمه ذلك إن كان ذلك القاضي من أهل عمله، ولا يلزمه ذلك إلا أن يشاء إن لم يكن من أهل عمله، إلا أن يكون المطلوب في حقٍّ هو لله، من طلاق أو عتق وشبهه؛ لأنه يلزمه أن يحتاط في الفروج بما يجد إليه السبيل من الكتاب إلى من يعلم عدالته من القضاة.

وأما إن لم يكن فيه حقٌّ فلا يلزمه السؤال عن الشاهد إلا في موضعه، ويستحب له أن يكتب إلى أهل عمله من القضاة والعدول موضِعَ الشاهد؛ لأن الكشف عن البينة علي

زاد في الواضحة: ليس تعديل الشاهد إلى المشهود عليه، وإنما ذلك إلى الحاكم[1].

وفي الكافي: أن عدالة المشهود عليه للشهود، كإقراره بالحق يقضى به عليه، ولا يقضى به على غيره حتى يعدلوا[2].

قلت: فما في الكافي [52/ب] في نقْل أبي إبراهيم هذا يقوِّي صحة نقل ابن الحاجب في قوله: "ولو أقر الخصم بالعدالة حكم عليه خاصةً"[3].

ويضعف اعتراض ابن عرفة عليه في مختصره[4].

=

القاضي الذي شهدتَ عنده، فإذا عجز عن ذلك كلَّف المشهود لهم تزكيتهم عنده.

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 8/ 273.

وزاد المشدالي بعده: ما أشار إليه الوانوغيُّ عن الواضحة ذكر الشيخ أبو الحسن أنه يقوم من قوله في كتاب السرقة: (ولا يقضي القاضي ببينة حتى يزكوا عنده وإن لم يطعن فيهم الخصم).

وفي هذه الإقامة نظر.

(2) انظر: الكافي، لابن عبد البر: 2/ 959.

(3) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب، ص: 692.

(4) انظر: مختصر ابن عرفة: 493/ب.

وزاد المشدالي بعده: قال: قال ابن الحاجب: "ولو أقر الخصم بالعدالة حكم عليه خاصةً"، ولا أعرف هذا الفرع لأحد من أهل المذهب، ونقْله ابن شاس وابن الحاجب يقتضي أنه نصٌ فيه، فالله أعلم هل وقفا عليه في المذهب نصاً؟ أو إنما وجداه للغزالي فظنَّا أنه جارٍ على أصول المذهب؟

وهذا القدر لا يبيح إضافته للمذهب نصاً، ولهما مثله كثيرٌ، وفي جريه على المذهب نظرٌ؛ لأنه إقرار متناقض، فيجب طرحه؛ لبطلانه بتناقضه.

وتقريره أن الخصم إن أقر بحقيقة ما شهد به صار موجب الحكم عليه إقراراً، وقد =

ولا تجوز شهادة المعزول على ما حكم به[1].

قوله: **(لا تجوز شهادة المعزول...)** المسألة.

قلتُ: قال في سماع أصبغ عن ابن القاسم[2] في القاضي يشهد على قضاء قضى به - وهو معزول، أو غير معزول - ويرفعه إلى إمام غيره؛ أن شهادته لا =

فرضناه ببينةهذا، خلاف إن نفى حقيقة ما شهد به؛ كان حاكماً عليه بالكذب عمداً أو تغفلاً، وكلاهما مناف للعدالة المعتبرة في الحكم.

المشدالي: قد يقال: لا نسلم الحصر؛ لجواز النسيان، وهو لا ينافي العدالة.

قال ابن عرفة: فإن قلتَ: قد نص عليه أبو عمر في آداب القضاة من كافيه.

قال ما نصه: إن شهد عند القاضي شهودٌ لم يعرفهم، واعترف المشهود عليه بعدالتهم، قضي بهم عليه إذا لم يكذبهم، ولا يقضى بهم على غيره إلا بتعديل.

قلت: قولُه: (إذا لم يكذبهم) يُصَيِّرُ المسألةَ إلى الإقرار، لا الحكم بالبينة.

وقال المتيطي إثر قول أبي عمر: قال أصبغ: إذا رضي الخصمان بشهادة من لا يعرفه القاضي لم يحكم بها.

ولابن عتاب - من الاستغناء - عن ابن كنانة: إن شهد من عدَّله رجلٌ على من عدَّله لم يكفِ تعديلُه؛ لأنه رضي بشهادته بتعديله، وزيادة أبي عمر: (لم يكذِّبهم)، لم يذكرها ابن الحاجب.

المشدالي: وحكى ابنُ يونس في آخر كتاب الشهادات الثاني عن المجموعة عن ابن الماجشون في الخصمين عند الحاكم، أو عند من حكَّماه، يسألانه أن يقضي بينهما بشهادة من لا يقبله الحاكم، فلا ينبغي ذلك له، وقد يُقتدى به، وقد يعدل بذلك، بل يقول لهما: ما علمتما من شهادته فاجعلاه إقراراً منكما، فأحكُمُ به.

(1) التهذيب للبراذعي: 3/577.

(2) قوله: (قال في سماع أصبغ عن ابن القاسم) يقابله في (ع): (قال ابن القاسم في سماع أصبغ).

تجوز، ولا يجوز في ذلك إلا عدلان غيره أنه قد قضى به.

ابن رشد: هذه المسألة وقعت في بعض الروايات وهي صحيحة، وفيها معنى خفي، وهو أن قول القاضي وهو في قضائه: حكمتُ لفلان بكذا وكذا، لا يصدق إذا كان قوله بمعنى الشهادة؛ مثل أن يتخاصم الرجلان عند القاضي فيكون من حجته أن يقول: قد حكم لي قاضي بلد كذا وكذا، وقد ثبت لي عند قاضي بلد[1] كذا وكذا، فيسأله البينةَ[2] على ذلك، فيذهب إليه فيأتيه من عنده بكتابه؛ أني قد حكمت لفلان بكذا وكذا، أو أنه[3] قد ثبت عندي لفلان على فلان كذا وكذا، فهذا لا يجوز؛ لأنه على هذا شاهدٌ.

ولو أتى الرجل ابتداءً إلى القاضي فقال له: خاطب لي قاضي بلد كذا بما ثبت لي عندك على فلان، أو بما حكمتَ لي به عليه، فخاطبه بذلك لجاز؛ لأنه هٰهنا مخبِرٌ وليس بشاهد.

كما[4] يجوز قولُه وينفُذ فيما يسجل به على نفسه ويشهد به من الأحكام.

وقد وقع لابن الماجشون ومطرف وأصبغ في أقضية الواضحة ما يعارض روايةَ أصبغ هذه[5]، وقد ذكرناه في سماع ابن القاسم[6].

---

(1) قوله: (بلد) ساقط من (ع).

(2) في (ش): (البراءة).

(3) قوله: (أنه) ساقط من (ع).

(4) قوله: (كما) ساقط من (ش).

(5) قوله: (هذه) ساقط من (ع).

(6) البيان والتحصيل: 9/287 و288.

سُئل مالك عن أشياء قضت فيها ولاة المياه، فرأى أن تجوز إلا في جَوْرٍ بيّن، وكذلك والي الفسطاط أمير الصلاة إن حكم[1].

قوله[2]: (قضت فيها ولاة المياه...) المسألة.

المتيطي: اختلف الشيوخ في أحكام ولاة الكور مثل القواد، فأمضاه أبو إبراهيم، ولم يجزها اللؤلؤي حتى يجعل له مع القيادة النظر في الأحكام.

واستحسن ابن أبي زمنين إن كان للكورة قاضٍ قد أفرد للأحكام أنه لا يجوز حكم الولاة، وإلا جاز حكمهم[3].

قال عن بعضهم: هذا هو الصواب.

ابن هشام: قال ابن القاسم: ولاةُ المياه أمراءُ عليها، وليسوا بقضاة.

محمد: يريد ابن القاسم أنّ مالكاً لم يكشف الذين كانوا يسألونه عما قضى به ولاةُ المياه إن كانت فُوِّضَتْ إليهم الحكومةُ مع الإمارة، أم لا.

وكأنه كان يذهب إلى أنه لو لم يجز لهم الحكم حتى تفوض إليهم الحكومة مع الإمارة[4] لكشف مالك عن ذلك.

---

(1) التهذيب للبراذعي: 3/578.

(2) قوله: (قوله) ساقط من (ع).

(3) انظر: منتخب الأحكام، لابن أبي زمنين: 2/1143، والبيان والتحصيل، لابن رشد: 9/172.

(4) قوله: (أم لا؟ وكأنه كان يذهب إلى أنه لو لم يجز لهم الحكم حتى تفوض إليهم الحكومة مع الإمارة) ساقط من (ع).

ولا تجوز شهادة القُسّام على ما قسموا، وإذا اقتسم الورثة ثم ادعى أحدهما الغلط فذلك مذكور في كتاب القسم[1].

قوله: (**لا تجوز شهادة القُسَّام[2]**). المسألة.

قلت: قيَّدَها ابنُ رشد، فقال: معنى قولها: (**لا تجوز شهادة القُسَّام[3]**)؛ إذا كان القاضي الذي أرسلهم قد مات أو عُزِل فلم تجز شهادتهم، كما لا تجوز شهادة القاضي بعد عزله فيما حكم فيه[4].

وأما شهادتهم عند القاضي الذي أرسلهم فجائزة.

قلت: وصرح الباجيُّ بهذا المعنى عن ابن الماجشون.

وقال ابن حبيب: هو تفسير لقول.

قلتُ: قال سحنون: لا يجوز ولو بأمر قاضٍ؛ لأنهاشهادة على فعله[5].

فهذا يقوي أنه خلافٌ، لا تفسيرٌ.

قوله: (**ثم ادعى أحدهم غلطاً**).

ابن رشد - في سماع ابن القاسم من البيوع -: اختُلِف إن ادعى الغلط في بيع المساومة؛ وزعم أنه اختلط له بغيره - وهو ذو أثواب كثيرة - فقيل: إنه بمنْزلة بيع المرابحة، وهو ظاهر ما في أقضية المدونة.

---

(1) التهذيب للبراذعي: 3/579.

(2) في (ع): (القاسم).

(3) في (ع): (القاسم).

(4) انظر: البيان والتحصيل: 9/197.

(5) انظر: النوادر والزيادات: 8/326.

وقيل: البيع لازم.

وكذلك اختلف أيضاً في الجهل بصفة المبيع؛ مثل أن يبيع الحجر بالثمن اليسير، وهو ياقوت، ثم يدعي أنه لم يعلم أنه ياقوت.

وأما الجهل بقيمة المبيع، فلا يُعذَر به واحد من المتبايعين إذا غبن في بيع المكايسة.

هذا هو ظاهر الكتاب[1].



(1) انظر: البيان والتحصيل: 7/257.

كتاب الشهادات



كتاب الشهادات

ولا تجوز شهادة المغنّي والمغنية والنائحة إذا عُرفوا بذلك[1].

قوله: (لا تجوز شهادة المغني ولا المغنية).

القابسي: كان بآلة أو بغيرآلة[2].

وأما شهادة سامع الغناء، فجائزةٌ ما لم يُدْمِن على ذلك.

ولا يجوز نقل واحد عن واحد مع يمين الطالب في مال؛ لأنها بعض شهادة شاهد، والنقل بعينه ليس بمال فيحلف عليه من الناقل، ولو أجيز ذلك لم يصل إلى قبض المال إلا بيمين، وإنما قضى النبي ﷺ في الأموال بشاهد ويمين واحدة[3].

قوله: (لا يجوز نقل واحد عن واحد...) المسألة.

ثم علله بثلاث عللٍ:

البعضية.

وكون النقل ليس بمال، ولو أجيز لكان على خلاف السنة.

واليمينان اللذان أشار إليهما؛ كونه يحلف أنه ما نقل شاهدِي إلا حقاً،

---

(1) التهذيب: 3/584.

(2) في (ش): (لا).

(3) التهذيب: 3/586-587.

ويحلف لقد شهد شاهدي بحق.

وهذا خلاف السنة، وهذا يرد أحد الأقوال في الشاهد الواحد على الجرح أن ولاة الدم يحلفون خمسين يميناً لقد جرحه، ويحلفون خمسين يميناً لقد مات من ذلك الجرح، وهذا أيضاً خلاف السنة؛ لأنه إنما قال النبي ﷺ: **«تحلفون خمسين يميناً، وتستحقون دم صاحبكم»**[1].

---

(1) المشدالي: القول بالقسامة مع شاهد الجرح هو لابن القاسم في كتاب الديات.
والقول بعدم القسامة له - أيضاً - في العتبية في سماع يحيى، واختار سحنون الأول.
قال ابن عبد السلام: إذا قلنا بالقسامة بشهادة الواحد بالجرح أو الضرب فهل يكتفى بخمسين يميناً؛ لقد ضربه، ولمات من ضربه؟ أو يحلفون يمينا واحدة لقد ضربه، ثم يحلفون خمسين يمينا؛ لمات من ضربه؟
وقد يجري على الحقوق المالية في الاستحقاق بشاهد واحد، هل يجمع في يمينه بين فصليْ تصحيح شهادة الشاهد والاستحقاق؟ أو يحلف لكل واحد من الفصلين يميناً مستقلة؟ في ذلك نظر.
المشدالي: فعلى التقدير الأول لا مخالفة للسنة، وأما على التقدير الثاني فواضحٌ.
قال ابن عرفة بعد أن ذكر ما سبق من كلام ابن عبد السلام: ظاهر كلام ابن رشد أو نصُّه أنه يحلف على الجرح والموت منه في كل يمين من الخمسين.
وقوله: "قد يجري على الحقوق المالية، يقتضي أنَّ الحكم فيها عنده واضح، فقوله أخيراً: "فيه نظر"، خلاف ذلك.
المشدالي: إذا قلنا: الإشارة في قوله: "في ذلك نظر" إلى الإجزاء لا إلى حكم الحقوق المالية، لم يلزم ما ذكرتم. ثم قال ابن عرفة: وفي ترجمة جامع الدعاوي من ابن سهل: من قام له شاهدٌ واحدٌ باستحقاق شيء حلف مع شاهده أن حقه لحقّ، وحلفَ ما باع ولا وهب ولا خرج من يده بوجه، فجعل عليه يمينين.
قاله ابن حبيب عن مطرِّف وأصبغ.
=

قال مالك: وتجوز شهادتهن في المواريث إذا ثبت النسب بغيرهن، وإنما جازت في اختلافهم في الميراث؛ لأنه مال، والنسب معروف بغير شهادتهن[1].

قوله: (**تجوز شهادتهن في المواريث**).

قال بعض الشيوخ: صورة المسألة أن يثبت النسب بغيرهن، ويشهدن أن هذا مال الميت.

ابن يونس: قال ابن الماجشون: معنى المسألة: إذا ثبت نسب رجل

=

وفي رسم الرهون من الرهون مثله، والذي جرى به العمل جمع الدعاوى في اليمين الواحدة.

وكان شيخنا ابنُ عتَّاب يقول: من وجبت عليه يمين في دعوى وردَّت عليه يمين فلا بدَّ له من يمينين، وحكاه عن شيخه أبي المطرف وغيره من الشيوخ، وخالفه في ذلك أبو عمر القطان.

المشدالي: انظر ابن سهل في الترجمة المذكورة من الأول.

وقال في ترجمة تداع في زرع: إذا اجتمعت للطالب على المطلوب، فإنما يحلف يميناً واحدةً لا يميناً لكل دعوى، فهذا شاهدتُّ العمل به وفيه نزاع.

وذكر الشيخ في التخيير يحلف المناكر يمينين ما علم أن ما فعلته البتة ولا رضيَه، ويمين أنه نوى واحدة. قال محمد: يمين واحدة يجمع ذلك فيها.

قال الشيخ: يتخرج القولان للموثقين من هنا فيمن اجتمعت عليه أيمان في فصول.

المشدالي: وفي أحكام الباجي: من وجبت عليه يمينان من حكمين مختلفين فلا بد له من يمينين، مثل أن يجب اليمين على المدعى عليه وتجب له يمين على المدعي فيردها عليه. مِن المفيد.

(1) التهذيب: 3/588.

بغيرهن، فيشهدن على عدد الورثة، و[1]أنهن لا يعلمن له وارثاً إلا فلاناً، فتجوز شهادتهن مع رجل، أو مع يمين الورثة[2].

ابن أبي زمنين: لو ترك الميت أخوين فيشهد النساء أن أحدهما أقرب للميت بأُمٍّ، فيحلف، ويستحق الميراث[3].

ابن رشد عن فَضْل: أو يكون الورثة ولد ولد، فيشهدن لبعض أنه ولد ولده، وأن هذا أبعد بدرجة.

الشيخ: هذا أحسن ما فيه.

قال مالك: وتجوز شهادتهن في المواريث إذا ثبت النسب بغيرهن، وإنما أجيز في اختلافهم في الميراث؛ لأنه مال، والنسب معروف بغير شهادتهن، وتجوز في قتل الخطأ لأنه مال. قال ربيعة وسحنون: إنما أُجِزنَ في قتل الخطأ، والاستهلال ضرورة لفواتهما، وأما الجسد فهو يبقى، فإن شهد رجلان على رؤية جسد القتيل والجنين، وإلا لم تجز شهادتهن[4].

قوله: **(قال ربيعة وسحنون: إنما أجيز في قتل الخطأ...)** المسألة.

القابسي: الذي لربيعة إنما هو في الاستهلال فقط.

قلت: قال ابن رشد في سماع عيسى من العتق:

---

(1) في (ش): (أو).

(2) انظر: النكت والفروق، للصقلي: 2/150.

(3) انظر: منتخب الأحكام، لابن أبي زمنين: 1/198.

(4) التهذيب: 3/588.

أما شهادة النساء في المرأة تلد وتموت هي وولدها في ساعة؛ على أيهما مات أوَّلاً؛ فلا خلاف أنها تجوز.

وأما على أنه ذكر أو أنثى؛ فلا تجوز على قول ربيعة وسحنون في المدونة: **(إن شهادتهن لا تجوز على الاستهلال)**، وقتل[1] الخطأ إلا مع حضور البَدَن[2].

قلت: فقد فهم ابن رشد أن ربيعة يقول بقول سحنون، خلاف ما أشار إليه القابسي، ولو كان كما قال القابسي لتعقبها عبد الحق.

هذا؛ وإن كان لا يلزم من عدم تعقبها عبد الحق عدم تعقبها لغيره، إذ فوق كل ذي علم عليم، لأنا نقول ما قلناه من كون عبد الحق اعتنى بذلك - وهو صريح كلام ابن رشد المتقدم - ظاهرٌ في ضعف ما أشار إليه القابسي.

قال أشهب وغيره: لا تجوز شهادة الصبيان في القتل، ولا تجوز شهادة الإناث، قال المخزومي: إن الإناث تجوز شهادتهن، وإن شهادة الصبيان في القتل جائزة[3].

قوله: **(لا تجوز شهادة الإناث).**

القابسي في الديات: الجواز؛ كقول المخزومي.

---

(1) في (ع): (وكذا قتل).

(2) انظر: البيان والتحصيل: 10/26.

(3) التهذيب: 3/589.

قال سحنون: الوصية والوكالة ليستا بمال، إذ لا يحلف وصيٌ أو وكيلٌ مع شاهد رب المال؛ إذ المال لغيرهما[1].

قوله: **(إذ لا يحلف وصيٌّ...)**، ثم قال: **(إذ المال لغيرهما)**.

قيل: هذا استدلال[2] في غير محل النِّزاع؛ لأن النِزاع[3]: هل الوكالة مال؟ أم لا؟ في كون يمينه لا تصح؛ لكون [53/أ] المال لغيرهما.

قلتُ: ويصح أن يقال: لا نسلِّم أنه نصَب الدليل في غير محل النّزاع، بل هو في محل النّزاع.

بيانُه أن معنى قوله: **(إذ المال لغيرهما)**، إمَّا: إذ استحقاق المال لغيرهما أو ملكه، ومفهومه الحقيقي[4] أمرٌ عَدَميٌّ؛ أي الوصي غير مالك أو غير مستحق، فهو في قوة الموجبة المعدولة المقتضية لحمل أمر عدمي على موضوع، ولا خفاء حينئذ على هذا التقدير.

والبيانُ أن مفهوم غيرِ مالكٍ، أو غيرِ مستحقٍّ ليس بمال، فقد استدل بما ليس بمال على ما ليس بمال، فقد نصب الدليل حينئذ في محل النِزاع.

ولا امتراء في لطافة هذا الكلام ودقته.

---

(1) التهذيب: 3/591.

(2) في: (ع): (الاستدلال).

(3) قوله: (لأن النِزاع) ساقط من (ش).

(4) زاد بعده من (ع) قوله: (في).

وإن شهدنَ لرجل أن فلاناً أوصى له بكذا جازت شهادتهن مع يمينه، وامرأتان في ذلك، ومائةٌ سواء، يحلف معهن ويستحق، ولا يحلف مع امرأة واحدة[1].

قوله: **(وامرأتان ومائة سواء)**.

اللخمي: هذا على وجه المبالغة، ولا يستويان؛ لأن المائة يفدن العلم.

المغربي: انظر! هل يُسلَّم له هذا؟

قلت: لا؛ لأنهنَّ وإن أفدن العلم، فلا بد من اليمين، فكثرة العدد على هذا حكمه مساوٍ لحكم العدد القليل.

وإن شهد رجل وامرأتان على رجل بالسرقة؛ ضمن المال، ولم يقطع، ولو شهد عليه بالسرقة رجل واحد حلف الطالب، وضمن له السارق ولم يقطع[2].

قوله: **(وإذا شهد رجل وامرأتان بالسرقة...)** المسألة.

قلتُ لشيخنا أبي عبد الله بن عرفة رحمه الله وصوَّبَه -: هذه المسألة يتعلق بها البحث من وجهين:

الأول أن يقال: ندعي أنه قد[3] يؤخذ منه مسألة؛ وهي: لو شهد رجلٌ وامرأتان على رجل بطلاق زوجته، وقد كان عليه صداقها على الحلول.

---

(1) التهذيب: 3/ 591-592.

(2) التهذيب: 3/ 592.

(3) قوله: (قد) زيادة من (ع)..

قلنا: لا يحكم عليه به إلا بالموت.

والفرق[1] أنَّ الشهادة تبطل في الطلاق، وتصح في حلول الصداق.

وكذا لو شهد رجل وامرأتان على رجل بطلقة وتصييرٍ لداره في صداقها، أنها تصح في التصيير لا في الطلاق، فكما بعَّض هنا الشهادة، وأعملها في المال دون القطع.

قال: وعندي أن الأخذ أحروي؛ لأنه قد اختلف الشيوخ في القضاء به بدون الطلاق، فكيف مع هذه الشبهة[2].

البحث الثاني؛ أن يقال: هذه المسألة على خلاف قواعد الأصوليين والمنطقيين:

أما الأصوليون؛ فقد قالوا: العلة إذا أوجبت حكمين متساويين لزم من ثبوت أحدهما ثبوت الآخر.

وهنا القطع والضمان حكمان للسرقة؛ ثبت أحدُهُما، وهو الضمان دون القطع.

وأما المنطقيون؛ فقد علمتَ أنهم قرَّروا أن وجود الملزوم يلزمه وجود لازمه، فيلزم على هذا وجود القطع لوجود السرقة.

قلتُ: ويتضح هذا بذكر فرْقِ ابن المناصف في هذا الباب.

---

(1) في (ع): (والفراق).

(2) المشدالي: اختلفوا على ثلاثة أقوال: يفرق في الثالث بين الطلب لحاجة فيقضى به أو لسبب المشاورة والشحناء فلا يقضى به.

انظر ابن عرفة في النكاح، وانظر في الورقة الحادية عشرة من جامع الأحكام فإنه زاد قولاً رابعاً في المسألة.

وتقرير السؤال - الذي استلزمه فَرْقُه - أن يقال:

قال في المدونة: (**إذا شهد رجل وامرأتان على السرقة ثبت الضمان وانتفي القطع**)[1].

ولو شهد رجل وامرأتان على أداء نجوم الكتابة كلها، أو أن فلاناً باع أمته من زوجها، أو باع عبداً ممن يعتق عليه، صحَّت الشهادة ولو ترتب عليها العتق وفسخُ النكاح.

وفي كِلا الموضعين شهادةٌ بشيء يتعلق بالأبدان.

الفرق بينهما أن وجود التضمين لا يستدعي القطع حتى لا يتم إلا به، ويستحيل ثبوتها دونه، وكذا في أخواته. اهـ.

قلتُ: فكأنه يقول: قول الأصوليين في الاستدلال بثبوت أحد الوجهين على الموجب الآخر، إنما ذلك إذا كان بينهما تلازم، أما إذا فُقِد التلازم، فلا يلزم من وجود أحدهما وجود الآخر؛ كالقطع والضمان[2].

قلت: هنا نكتتان:

إحداهما: أن الشهادة إذا بطل بعضها للتهمة بطل جملتها، بخلاف إذا بطل

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 11/143، و(السعادة/صادر): 16/285، و(العلمية): 4/541، 542.

(2) المشدالي: يريد بخلاف الأداء والعتق في مسألة الكتابة، وبخلاف الملك والعتق في مسألة شراء من يعتق عليه، فإن الحكمين متلازمان، بحيث لا ينفك أحدهما عن الآخر، فلذلك لم يصح تبعيض الشهادة فيها، وقد يقال: ثبوت التلازم يقضي ببطلان الشهادة رأسا؛ لأن الشهادة إذ ذاك كأنها متعلقة باللازم وهي لا تجوز فيه، وقد يجري على الخلاف في مسألة التكفير باللازم، إذ المُدرك واحد والله أعلم.

بعضها للسنة، ومسألتنا هٰهنا من هذا القبيل.

الثانية: قال غير واحد: المراد من الضمان هنا ضمان الغصب والتعدي، لا ضمان السرقة، وهو مذهب ابن القاسم.

ومن أقام شاهداً بمائة دينار ديناً، وشاهداً بخمسين، فإن شاء حلف مع شاهد المائة وقُضي له بها، وإلا أخذ خمسين بغير يمين[1].

قوله: **(فإن شاء حلف مع شاهد المائة)**.

القابسي: انظر! على ماذا يحلف، هل على جميع المائة؟ أو على الخمسين الزائدة؟

وقد قالوا: إنه إذا حلف ورجع شاهد الخمسين أنه لا غرم عليه، فكأنه إنما حلف على المائة.

وقيل: يغرم خمسةً وعشرين.

ومن أودعك وديعةً فشهدتَ عليه أنه تصدق بها على فلان، أو أقرّ بها له، حلف فلان مع شهادتك، واستحقها إن كان حاضراً، وإن غاب لم تجز شهادتك إن كانت غيبة تنتفع أنت بمثلها في المال[2].

قوله: **(حلف فلان مع شهادتك)**.

القابسي: يريد: ما لم تدفعها إليه، فإن دفعتها إليه لم تجز شهادتك؛ لأنه صار متعدياً.

---

(1) التهذيب: 3/592.

(2) التهذيب: 3/594.

قلت: وفي سماع أبي زيد فيمن له على رجل عشرة دنانير، فشهد الذي عليه الحق على صاحب العشرة أنه أقر أنها ليست له، وأنها لفلان، وشهد أيضاً بذلك رجل آخر.

قال: لا تجوز شهادة الذي عليه الحق، ويحلف فلان مع شاهده ويأخذها.

ابن رشد: لا تجوز شهادة الذي عليه الحق لأنه شاهد لنفسه، وسواء كان الطالب المشهود له حاضراً أو غائباً، بخلاف ما إذا[1] كان حاضراً ليس في الذمة، مثل أن يقال للرجل: المال الذي دفعه إليه فلان هو لفلان، أو أن الشيء الذي وضعه على يديه فلان قد تصدق به على فلان، فهذا يفرق فيه بين أن يكون المشهود له حاضراً أو غائباً، على ما في شهادات المدونة وغيرها[2].

وسئل مالك عن قوم شهدوا على السماع في حبس على قوم، وأنهم يعرفون أن من مات منهم لا يدخل في نصيبه زوجته، وتهلك ابنة الميت، فلا يدخل فيه ولدها ولا زوجها. قال: أراه حبساً ثابتاً وإن لم يشهدوا على أصل الحبس، ولم يذكروا ذلك كله وذكروا من السماع ما يستدل به فذلك جائز[3].

قوله: (**وأنهم[4] يعرفون أن من مات منهم...**) المسألة.

الشعبي والإشبيلي: ظاهر المدونة إن لم يشهدوا بأنها تحترم[5] بحرم

---

(1) قوله: (إذا) زيادة من (ع).

(2) البيان والتحصيل: 226/10.

(3) التهذيب: 597/3.

(4) في (ش): (وهم).

(5) في (ش): (تحرم).

الأحباس أن شهاتهم غير عاملة.

ابن سهل: قال ابن عتاب: شاهدت عند أبي بكر ابن ذكوان القاضي قد شاور في عقد حبس قد كان أبو عمر الشاطبي كتبه، وفيه: "يعرفون الدار التي بموضع كذا حبساً من تحبيس فلان، وأنها تحترم بحرم الأحباس وتحاز بها تحاز به الأحباس.

فقال ابن عتاب لابن ذكوان: ليس هذا العقد بشيء، ولا يجوز به[1] حكمٌ إلا بعد ثبوت ملك المحبس، وموته، ووراثته، والإعذار في ذلك[2].

الطرر: قال ابن رشد في مختصر الحريرية: إنهم إذا لم يشهدوا أنها تحترم بحرمة الأحباس إلا على السماع، فليست بشهادة عاملة.

وقال في الطرر أيضاً[3]: رأيتُ في كتاب الاستغناء ما يقتضي أنه إذا سقط من العقد لفظ[4] المعرفة، فإنها تحاز بها يحاز به الأحباس، وتحترم بحرمها أن الشهادة عاملة[5].

وإن حلف المطلوب ثم وجد الطالب بينة فإن لم يكن علم بها قضي له بها، وإن استحلفه بعد علمه ببينته تاركاً لها، وهي حاضرة أو غائبة فلا حق له، وإن قدمت بينته[6].

---

(1) في (ع): (فيه).

(2) انظر: الأحكام الكبرى، لابن سهل، ص: 171.

(3) في (ع): (لفظا).

(4) في (ع): (لفظان).

(5) انظر: مختصر ابن عرفة: 509/أ.

(6) التهذيب: 3/599.

قوله: **(تاركاً لها)**.

قال ابن سهل: سألت ابن عتاب عمن قال لغريمه أنا رضى بيمينه يحلف على ما شاء، ثم يرجع عن رضاه، وأراد إقامة بينة على حقه؟

فقال: ليس قوله [53/ب] أنا أرضى بيمينه إسقاطاً لبينته، وله الرجوع عن مقاله والقيام ببينته حتى يفصح، ويصرح بترك البينة.

وهو ظاهر شهادات المدونة هنا، وظاهر المدونة أنه إن[1] لم يحلف لم يلزمه رضاه بيمينه، ولو صرح بترك البينة، إلا أن يقال: إن مراده بقوله **(احلِف)**؛ أي: أراد إحلافه.

وأفتى ابن رشيق[2] في مسألة ابن عتاب بأنه إذا رضي بيمينه عالماً ببينته - وهي حاضرة -أنه لا رجوع له[3].

ومن ادعى قِبَل رجل ديناً أو غصباً أو استهلاكاً، فإن كان عُرِف بمخالطته في معاملته، أو علمت تهمته فيما ادعى قبله من التعدي والغصب، نظر فيه الإمام؛ فإما أحلفه، أو أخذ له كفيلاً حتى يأتي بالبينة، وإن لم تعلم خلطته أو تهمته فيما ذكر لم يعرض له، ولا تجب اليمين حتى تثبت الخلطة، وكذلك قال السبعة من فقهاء التابعين[4].

قوله: **(ومن ادعى قِبَل رجل غصباً...)** المسألة.

---

(1) قوله: (إن) ساقط من (ع).

(2) في: (ش): (رشد)

(3) انظر: الأحكام الكبرى، لابن سهل، ص: 510.

(4) التهذيب: 3/600.

ابن عتَّاب: مذهب مالك فيمن ادعي عليه بمال من مبايعةٍ، أو غيرها أن اليمين لا تجب عليه إلا بخلطة وملابسة.

ومن ادعي عليه غصب أو سرقة، لا تجب عليه اليمين إلا أن يكون متهماً بذلك.

ومن ادعي عليه أنه قذفه لم تجب عليه[1] يمين إلا أن تشهد بينةٌ بمنازعة كانت بينهما وتشاجُر، فتجب اليمين حينئذ.

ودعوى المرأة والعبد الحريةَ والطلاقَ؛ لا يمين بمجردها.

هذا مذهب مالك.

ومنهم من أوجبها بنفس الدعوى، وذلك قليل، ومنه قوله: في دعوى القاتل العفو[2].

قلتُ: وعلى هذا القليل عمل القضاة والحكام في زماننا[3].

وقال[4] ابن عتاب أيضاً في ضابطٍ آخر: مذهب مالك أن كلَّ دعوى لا تلحق اليمين فيها بمجردها حتى يقارنها سبب فإذا قارنها سبب لحقت اليمين،

---

(1) قوله: (عليه) ساقط من (ش).

(2) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 77.

(3) المشدالي: قال ابن عرفة في فصل الخلطة من المختصر: قال ابن رشد في سماع أصبغ: مذهب مالك وكافة أصحابه الحكم بالخلطة.

قلت: ومثله لابن حارث، ونقل ابن زرقون عن ابن نافع لا تعتبر الخلطة.

قلت: ومضى عمل القضاة عندنا عليه، ونقل لي شيخنا ابن عبد السلام عن بعضهم أنه كان لا يحكم بها إلا إن طلبها المدعى عليه.

(4) في (ش): (وحكى).

والأسباب تختلف، بعضها أقوى من بعض[1].

قلت: فعلى هذا تجب اليمين في دعوى الإقالة.

وقد قال ابن سهل: كان ابن عتاب يقول: لا تجب اليمين لمدعي الإقالة على المدعى عليه فيها، إلا أن يأتي بشبهة يقوي بها ظنه.

وشاهدتُه يفتي بذلك.

وقال: في ذلك اختلاف.

وكذلك كان يقول ابن القطان: لا يمين ولا شبهة.

قال ابن سهل: وأنا أترجح في ذلك، والفقه لحاقها، لا سيما على مذهب من لم يراع الخلطة ويوجه اليمين ابتداءً بمجرد الدعوى، فاليمين في هذه الصورة أقوى؛ للمعاملة التي فيها الإقالة[2].

---

(1) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 77.

(2) انظر: الأحكام الكبرى، لابن سهل، ص: 457.

وزاد المشدالي بعده: أما الضابط الذي ذُكِر عن ابن عتَّاب فقد حكاه عنه ابن سهل بكماله في فصل الخلطة من الجزء الأول.

وأما ما حكاه عن ابن عتاب في عدم توجه اليمين في دعوى الإقالة فقد ذكره ابن سهل في ترجمة (تداع في دابة وإقالة)، من باب الدعاوى من الجزء الثاني.

وزاد إثر قوله: "والفقه لحاقها"، ما نصُّه: إلا أن الناس يبدوا باطلهم في دعوى ذلك إذا طلبوا بثمن المبيع منهم، ويجعلونه باباً من أبواب اللدد والعدول عن الإنصاف، فإن كان مدعي ذلك ممن يظن به طلب الباطل؛ كلِّف الشبهة، وإن كان ممن يظن به أنه مُحِقٌّ في دعواه لصلاح حاله وتنزُّهه عن الباطل؛ فاليمين لاحقة في ذلك إن شاء الله.

المشدالي: وأجاب ابن رشد عن اليمين في دعوى الإقالة، فقال: هي من باب دعوى المعروف، وقد كان بين شيوخنا في ذلك اختلافٌ؛ فمنهم من ذهب إلى أن ما وقع في

قلت: والمسألة أشار إليها عياض في الديات[1].

=

الأمهات من ذلك اختلاف قول، وأن فيها قولين؛ جملةً من غير تفصيل، ومنهم من ذهب إلى أن ذلك ليس باختلاف، وأن المعنى في ذلك أن الشيء المدعى فيه إن كان بيد المدعي أو كان له به سبب وجبت له اليمين على المدعى عليه، وإن لم يكن بيده ولا كان له فيه تسبب لم تتوجه عليه اليمين، وهو تفصيل حسن له وجه من النظر، وهو رعي الخلاف في وجوب الحكم بما لم يقبض من الهبات، فالأظهر في دعوى الإقالة وجوب اليمين؛ إذ لا خلاف في وجوب الحكم بها إلا أن يدعي أنه أقاله فيها قبل التفرق بالأبدان فتضعف اليمين في ذلك؛ مراعاةً لقول من يقول: إن البيع لا يلزم إلا بالتفرق بالأبدان.

المشدالي: وقال الباجي: من ادعى على رجل هبة معينة، فظاهر المذهب أن لاَّ يمين على المدعى عليه.

وقال ابن الجلاب: عليه اليمين، فإن نكل حلف المدعي وأخذها، وأما ما في الذمة كمن عليه دين يدعي على ربه أنه وهبه له، فالظاهر أن عليه اليمين، ويحتمل أن يقسم قسمة أخرى، وهو أن يقال إن كانت الهبة بغير يد الموهوب فلا يمين على الواهب، وإن كانت بيد الموهوب فعليه اليمين؛ كانت معينة أو في الذمة، ويصحح هذا التقسيم أن من استحق عرْضا بيد رجل لم يحكم له حتى يحلف أنه ما باع ولا وهب.

(1) انظر: التنبيهات المستنبطة، للقاضي عياض، ص: 2179.

وزاد المشدالي بعده: عند قوله في الكتاب: (وإن ادعى القاتل أن ولي الدم عفا عنه فله أن يستحلفه).

وقد نقل كلامَه الشيخُ أبو الحسن، وأشار إلى النظائر. فانظره هناك.

ومن ادعى عبداً بيد رجل، وأقام شاهداً عدلاً يشهد على القطع أنه عبده، أو أقام بينة تشهد أنهم سمعوا أن عبداً سرق له مثل ما يدعي، وإن لم تكن شهادة قاطعة، وله بينة ببلد آخر، فسأل وضع قيمة العبد ليذهب به إلى بينته لتشهد على عينه عند قاضي تلك البلدة فذلك له[1].

قوله: **(وأقام شاهداً عدلاً...)** المسألة.

في سماع أصبغ فيمن ادعى نكاح امرأة، وهي تحت زوج، فأقام شاهداً واحداً أنه تزوجها قبل هذا الزوج؛ فإنه يعزل عنها حتى يتبين الأمر.

ابن رشد: هذا على معنى ما في المدونة من توقيف العرض المدعى فيه بالشاهد الواحد[2].

وقال ربيعة: حوز عشر سنين يقطع دعوى الحاضر، إلا أن يقيم بينة أنه إنما أكرى أو أسكن أو أعار ونحوه، ولا حيازة على غائب. وذكر ابن المسيب وزيد بن أسلم أن النبي ﷺ قال: «من حاز شيئاً عشر سنين فهو له»[3].

قوله: **(عن زيد بن أسلم عن النبي ﷺ).**

قال ابن رشد في سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق: معنى الحديث عند أهل العلم في قوله ﷺ **«هو له»**؛ أي: أنّ الحكم يوجبه له بدعواه[4].

---

(1) التهذيب: 3/601.

(2) البيان والتحصيل: 5/82.

(3) التهذيب: 3/609-610.

(4) البيان والتحصيل: 11/145.

وانظر تفاصيل الحيازات في هذا السماع فإنها حسنة.

المتيطي: مَن أُحْدِث عليه ضرر، وسكت عشرين، ولا مانع؛ فلا قيام له بعد هذه المدة، وهو كالاستحقاق.

وهو مذهب ابن القاسم، وقاله ابن الهندي، وابن العطار[1].

وقال أصبغ: عشرين سنة.

وبالأول القضاء، إلا أن يكون المحدَث عليه[2] صغيراً أو مولّى عليه فلا يضره السكوت ولو طال، إلا إذا سكتوا هذه المدة بعد زوال المانع[3].

ومن قامت له بينة أنه ابن فلان الميت، لم يستحق ميراثه حتى يقولوا: "لا نعلم له وارثاً غيرَه"، وكذلك إن شهدوا مع ذلك بأن هذه الدار لأبيه أو جده، فلا تتم الشهادة حتى يقولوا: لا نعلم أنها خرجت من ملكه إلى أن مات، وتركها ميراثاً لهذا، وإنا لا نعلم له وارثاً غيره[4].

قوله: (**ومن قامت له بينة...**) المسألة.

في سماع أشهب: سأل ابنُ كنانة مالكاً عن كتب القضاة ترد علينا[5] بشهادة قوم يشهدون إنا[6] لا نعلم وارثاً لفلان بأرض مصر إلا فلاناً، وذلك

---

(1) انظر: وثائق ابن العطار، ص: 372.

(2) قوله: (عليه) ساقط من (ش).

(3) انظر: الوثائق، لابن سلمون: 2/86، 87، تبصرة الحكام، ولابن فرحون، ص: 403.

(4) التهذيب: 3/610

(5) في (ع): (عليه).

(6) في (ع): (أن).

الميت مات بإفريقيَّة؟

قال: اكتب إليه أن لا تجوز شهادتهم إلا أن يقولوا: نشهد إنا لا نعلم لفلانٍ وارثاً من الناس في شيء من الأرض، فيرفع إليه ويحلف، ولا أرى أن يدفع ذلك لوكيله إذا قدم عليهم بالغرب.

ابن رشد: قوله: "لا يدفع لوكيله" غير صحيح، كيف لا؛ ولا خلاف في جواز ذلك إذا ثبتت الوكالة على سنتها[1].

المتيطي: قولنا في العقد في الملك: إن ذلك لم يخرج عن يده ولا فوته بوجه من وجوه الفوت إلى أن توفي وأورث ذلك ورثته، ولا يعلمون مع ذلك أن[2] أحداً من ورثته أزال ملكه عن شيء من ذلك بوجه إلى حين شهادتهم هذه، ويحوزونها بالحدود. إلى آخره.

قال ابن العطار: إذا استحق شيء بشهادة شهود؛ فلا بد أن يقولوا: لم يفوت ذلك في علمهم إلى حين شهادتهم، وإن لم يقولوا ذلك تمت شهادتهم[3].

وقاله ابن الفخار.

وقال بعض الفقهاء: لا تتم حتى يقولوا: ماله وملكه لا يعلمونه فوته، ولا خرج عن ملكه[4].

---

(1) البيان والتحصيل: 9/463 - 464

(2) في (ش): (كان).

(3) انظر: وثائق ابن العطار: ص 546.

(4) انظر: وثائق ابن العطار: ص 546.

ابن العطار: وأما إن شهد والورثة يطلبون ذلك عن موروثهم، فلا بد من هذه الزيادة وإلا بطلت، ولو لم يقولوا ذلك في ملك الورثة لتمت الشهادة دون تلك الزيادة.

قلت: وهذا المعنى هو الذي قاله بعض شرَّاح المدونة؛ إن قوله: فلا تتم الشهادة حتى يقولوا: لا نعلم أنها خرجت من ملكه، إن هذا شرْط صحة في وثيقة الميت، وشرْط كمال في وثيقة الحي.

والفرق بينهما أنه في الميت يحلف الوارث على العلم، وفي الحي على البتِّ.

الطرر: إذا قالت البينة: إنه ابن فلان الميت ولم يقولوا لا نعلم له وارثاً غيره بطلت الشهادة وسأل وينظر. قاله في شهادات المدونة.

وقال في الأقضية: **(يسأل وينظر)**[1]،ولم يقل: تبطل شهادتهم.

وقال المشاور في الاستغناء: يستأنى به عشر سنين، فإن لم يأت له طالب استحلف، ودفع إليه المال ويضمنه.

يريد: بشهادة عليه؛ وليس بحميل؛ خوفَ أن يطرأ وارث آخر.

قال ابن القاسم: وإن قالت البينة: لا ندري كم الورثة، لم يقض لهذا بشيء من الدار ولا ينظر إلى تسمية المدعي للورثة، وتبقى الدار للذي هي في يده حتى يثبت عدد الورثة ببينة[2].

قوله: **(وإن قالت البينة: لا ندري كم الورثة)**.

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 8/498، و(السعادة/صادر): 12/142، و(العلمية): 4/11.

(2) التهذيب: 3/611.

الطرر: قال ابن زرب - فيمن هلك وأحاط بميراثه زوجه وبنوه منها، فشهد الشهود أنهم يعرفون عين الزوجة ولا يعرفون أعيان البنات -: إن الشهادة جائزة.

واستدل على ذلك برواية عبد الملك بن الحسين في سماعه من النكاح.

وقال: لو شهد الشهود أنهم يعرفون أعيان البنات، لا عين الزوجة؛ لم تصح الشهادة؛ لأن البنات محمولات على الحجاب، ولذلك يعذر الشهود في ذلك وتنفذ شهادتهم، والزوجات لسن بمحمولات على الحجاب[1] كالبنات، ولذلك فرَّقْتُ بينهما[2].

ابن رشد: ليس هذا الفرق بصحيح، ولا فرق في هذا بين الزوجات والبنات، والذي جرى به العمل: أنه لا يكلف الحاكم الشهود على الموت والوراثة الشهادة على أعيان الورثة ابتداء؛ لا الزوجة، ولا غيرها، حتى يحتاج إلى الإعذار إليهم فيما يثبت عليهم، أو على الميت [54/أ] الذي ورثوه، فحينئذ يكلف الشهود الشهادة على أعيانهم ليعذر إليهم.

فإن لم يثبتوا أعيانهم لم يصح له الحكم عليهم إلا أن يثبت أعيانهم[3] عنده بغيرهم، وكذلك إن ماتوا أو غابوا؛ هذا الذي لا يصح سواه[4].

---

(1) قوله: (ولذلك يعذر الشهود في ذلك وتنفذ شهادتهم... الحجاب) ساقط من (ع).

(2) انظر: الوثائق، لابن سلمون: 2/168.

(3) قوله: (ليعذر إليهم، فإن لم يثبتوا أعيانهم ... أعيانهم) ساقط من (ع).

(4) انظر: البيان والتحصيل: 5/59.

وزاد المشدالي بعده: قال صاحب مفيد الحكام بعد أن ذكر مثل ما تقدم عن ابن زرب: وانظر! إن مات الزوج، وقامت المرأة تطلب ميراثها منه، وأنكرها ورثته، ولم تقف =

=

البينة على تعيينها، أو أنكر الزوج النكاح ولم يعين الشهودُ المرأة، فظاهر قول مالك أن ذلك سواء لا يفتقر إلى تعيين النساء، وأن المواريث واجبة بكل حال، حكاه ابن مزين من رواية عيسى عن ابن القاسم، وقد نزلتْ بقرطبة فحكم فيها بهذا.

المشدالي: قال برهان الدين: فتلخص من هذا الكلام أن الزوجة حكمها حكم البنات، لا يلزم الشهود أن يعرفوا عينَها في استحقاق الميراث.

المشدالي: وهذا هو اختيار ابن رشد كما تقدم.

انظر الفصل الثامن من القسم الثالث من الركن السادس من الباب الخامس من القسم الأول من تبصرة الحكام.

المشدالي: وأما مسألة العتبية التي استدل بها ابن زرب فهي المسألة الثانية من سماع زونان - وهو عبد الملك بن الحسن - قال: سألت ابن القاسم عمن زوج ابنته البكر ولا ولد له غيرها، فيموت الأب، فتزعم الابنة أنها ليست ابنته، وأنها كانت يتيمة عنده، وتنتفي من الميراث، ولا بينة للزوج أنها هي بعينها إلا سماعاً من الأب أن له ابنة بكراً، فشا ذلك للناس، ولا يثبتها الشهود، هل يلزمها النكاح؟ أو لا؟

وكيف إن كان لها إخوة غير عدول فشهدوا أنها أختهم، ما الأمر فيه؟

وما يصنع بنصيبها من الميراث؟

وكيف إن قبِلْتَ قولَها ولم تلزمها النكاح إن زعمت بعد ذلك أنها ابنته؟

قال: لا يلتفت إلى قولها، وقول أبيها يلزمها؛ أحبَّتْ أم كرهتْ؛ في نكاحها وميراثها ولحوق نسبها وكل أمرها.

ابن رشد: لسحنون في النوادر - فيمن أقام بينة على رجل أنه زوج ابنته فلانة لا يعلمون له ابنة غيرها وهي بكر، فأنكرت الابنة - أن النكاح لا يلزمها إلا أن تعرف البينة التي شهدت على النكاح عينها أو غيرهم فيلزمها.

وهذا هو حقيقة القياس، لحديث: "البينة على من ادعى"، والزوج مدّع على البنت أنها ابنة الرجل الذي زوجه وهي منكرة لذلك، فوجب إقامة البينة على الزوج.

وهذا إن مات الأب أو غاب، وأما إن حضر فالقول قوله إنها ابنته، لأن استلحاقه لها جائز ما لم يتبين كذبه.

=

ومن ادعى عيناً قائمة من رقيق أو حيوان، أو طعام أو عروض أو ناض، أو غير ذلك بيد رجل، وأتى ببينة على ملكه لذلك، فمن تمام شهادتهم أن يقولوا: وما علمناه باع ولا وهب ولا خرج من ملكه، ثم لا يقضى له به حتى يحلف على البت أنه ما باع، ولا وهب ولا خرج من ملكه بوجه من الوجوه، فإن قال: أعرتها أو استودعتها، لم يكن ذلك خروجاً من ملكه[1].

قوله: **(وأتى ببينة)**.

قلتُ: لا خفاء أن المفهوم من البينة عند الإطلاق البينة الكاملة.

وهو منصوص عليه في نوازل أصبغ من الدعوى.

فإن كانت البينة هنا كاملة فواضحٌ، وأما إن كانت شاهداً واحداً؛ فهل

=

والصواب قول ابن القاسم - وإن لم يكن على حقيقة القياس - إذ قد يؤدي طرد القياس إلى غلو في الحكم، فيكون الاستحسان أولى منه.

وقد كان ابن القاسم يقول - ويروي عن مالك -: "تسعة أعشار العلم في الاستحسان"، فإذا أقر الرجل أن له ابنة بكراً وفشا ذلك من قوله، وزوجها ثم مات وهي في حجابه، فلما طلبها الزوج بالنكاح أنكرتْ، وقالت: "لست بابنة له وإنما أنا يتيمة عنده في حجره"، ولم يكن في حجره غيرها فيتشكك فيها، ولا يسمع أن ابنته التي زوجها، وكان يقر بها أنها ما ماتت ولا غابت، وجب أن تحمل على أنها هي ابنته التي زوجها وكان يقر بها، فيلزمها النكاح ويحكم عليها به لأن الظن يغلب على صحة ذلك حتى كاد يقطع به، والحكم بغلبة الظن فيما طريقه الظن أصلٌ في الشرع.

المشدالي: ثم ذكر ابن رشد فتوى ابن زرب واستدلاله بهذه الرواية، ورد عليه تفرقَته بين الزوجة والبنات على حسب ما تقدم في كلام الوانوغي رحمه الله.

(1) التهذيب: 612/3.

يحلف يميناً واحدةً أو يمينين؟ فيه خلاف.

قال المتيطي في كتاب الاستحقاق: إذا استحق جاريةً بشاهدٍ واحدٍ؛ فهل يحلف المستحق لها يميناً واحدةً أو يمينين؛ أحدهما على تصديق شهادة الشاهد، والثاني يمين القضاء؟

قال ابن الطلاع[1] وابن عبد البر وأبو عمران: يمينٌ واحدةٌ. انظره.

ابن عبد السلام في النفقات في قوله: (**ولها طلب غرمائه...**) المسألة: إن لم تجد من يشهد للغائب بالدين الذي ادعت إلا شاهداً واحداً، حلفت معه كما يحلف من أثبت دَيناً على غائب، وأثبت حقاً لغائب بشاهد واحد، والظاهر: أنه لا بد للمرأة من يمينَين؛ إحداهما: مع الشاهد؛ ليثبت حق الغائب، والآخر: ليثبت حقها على الغائب.

وكذلك يحلف من أثبت دَيناً على الغائب وأثبت له ديناً على رجلٍ بشاهدٍ واحدٍ.

ثم قوله في المسألة: (**أو غير ذلك**)[2].

---

(1) هو: أبو عبد الله، محمد بن فرج القرطبي الفقيه، مولى ابن الطلاع، المتوفى سنة 497هـ، سمع يونس ابن مغيث، ومكي المقرئ، وابن عابد، وابن جهور، والطرابلسي، وتفقه عند ابن القطان، رحل إليه الناس من كل قطر لسماع الموطأ والمدونة لعلوه في ذلك، سمع منه الفقيه أبو الوليد هشام بن أحمد، وأبو عبد الله بن عيسى، واستجازه أبوعلي الصدفي، من مصنفاته: كتاب "أحكام النبي ﷺ"، و"الشروط" وغيرهما.
انظر ترجمته في: الديباج، لابن فرحون: 2/242، وشجرة النور، لمخلوف: 1/123، والصلة، لابن بشكوال: 2/564.

(2) انظر كلام ابن عبد السلام في: التوضيح، لخليل: 5/153.

قال في جامع القضاء لابن سحنون: قال محمد بن يبقى: يريد بقوله: **(غير ذلك)** مما يشبه الطعام والعروض؛ لأن الدور والأرضين لا يحلف فيها، وبهذا كان يفتي الفقهاء عندنا[1].

ابن لبابة وغيره - وهو في أحكام ابن زياد عنهم -: وقال[2] غيرُه وسحنون وغيره إلى يمين القضاء في الجميع، وهو عن مالك وعلي بن أبي طالب ﷺ وشريح.

قلت: ظاهر المدونة -وصرَّح به ابنُ سهل وقال: الذي أفتي به[3] وبه جرى العمل باتفاق فقهائنا- كمذهب سحنون. وانظره.

المتيطي: مذهب مالك، والذي جرى عليه العمل، وانعقدت به الأحكام، وأخذ به الشيوخ؛ عدم اليمين في الأصول. انظره[4].

---

(1) المشدالي: مسألة نوازل أصبغ التي أشار إليها الوانوغي في صدر كلامه فهي في كتاب الدعوى والصلح، وهي في رجل توفي فجاءت زوجته بصداقها على زوجها، فأنكر الوارث، غير أنه أشهد قوماً، فقال: إن أقامت على ما تذكر بينة عادلة فهو في مالي، فأتت بشاهد واحد، فقال: إنما قلت: إن أقامت بينة والواحد ليس ببينة إنما أردت شاهدين، قال: ذلك له ويحلف ويبرأ حتى تقيم شاهدين.
ابن رشد: هذا بيِّن؛ لأنه الظاهر من قوله، مع أنه لا يؤاخذ أحد بأكثر مما أقر به على نفسه، فإذا حلف برئ ولم يلزمه في ماله شيء، وحلفت هي مع شاهدها أن ما شهد به حق، وأنها ما قبضت ولا وهبت، وأنه لباق عليه إلى حين يمينها وتستوجب حقها في تركته.

(2) في (ش): (ومَال).

(3) قوله: (وقال: الذي أفتي به) ساقط من (ع).

(4) المشدالي: فيتحصل في المسألة ثلاثة أقوال: يفرق، في الثالث بين الرباع فلا تجب اليمين فيها وبين غيرها؛ فتجب.

=

الباجي في سجلاته: هذا إذا استحقها من يد غير الغاصب، وأما من يد غاصب فلا يمين.

وذكره ابن أبي زيد في مختصره، وهو مذهب المدونة.

قلت: وما احتج به ابن الهندي لسقوط اليمين في الأصول حسنٌ، وقد قدمنا بعضه في السلَم الثاني حيث كان قولها هناك دليلاً على ذلك.

قوله: **(حتى يحلف على البتِّ).**

الطرر: لو شهدوا في الحرية على العلم لم تصح ولا توجب حكماً، ولا تصح إلا على البت. قاله ابن عتاب.

ولو قالوا: "هو ابن حرة" اكتفي بذلك.

ولو شهدوا أنها تتصرف تصرف الأحرار؛ فقال ابن عتاب: الشهادة عاملة، وقال ابن القطان وابن مالك: ناقصة؛ لأن الآبق يتصرف تصرف الأحرار[1].

ومن اشترى منك ثوباً ونقدك الثمن فقبضته وجحدت الاقتضاء، وطلبت يمينَه فأراد هو أن يحلف أنه لا حق لك قبله، فليس له ذلك. قال مالك رحمه الله: ولك أن تحلفه أنه ما اشترى منك سلعة كذا بكذا؛ لأن هذا يريد أن يورّك. قال ابن القاسم: يريد بقوله: (يورك): الإلغاز[2].

=

وانظر عياضاً عند مسألة عفو الأرض.

وانظر: ابن سهل في الاستحقاق في ترجمة (شورى) في ثور استحقه ورثةٌ عن ميتهم.

(1) انظر: تبصرة الحكام، لابن فرحون: 1/350.

(2) التهذيب: 3/613.

قوله: **(لأن هذا يريد أن يورك...)** المسألة.

قلت: قال بعض البيانيين: إن الاستخدام قد يلتبس بالتورية.

والفرق بينهما أنّ التورية استعمال أحد معنيَي اللفظ - وهو البعيد - وإهمال الآخر - وهو القريب - وعدم إرادته البتة، والاستخدام استعمالهما معاً.

قلت: وعليه قول ابن الحاجب: "و في لبن الجلالة وبيضها..." المسألة[1].

قلت: قال ابن سهل: قلت لابن عتاب: هل قوله: هبك بعت أنا وأخي أمُّنا[2] لم تبع، هل هو إقرار؟

فقال: هو إقرار منه على نفسه بالبيع.

وقال ابن القطان: لا يكون إقراراً يقضى به عليه؛ لاحتمال اللفظ، ولا يقضى بالمحتمل[3].

قلت: ونحو قول ابن القطان ما في الطرر عن الاستغناء: لو ادعى رجلٌ على رجل حقاً فأنكره المدعى عليه، ثم يقول: حقاً كان أو غير حق فهو كما تقول، صالحني، فيقول المدعي: هذا إقرار بحقي ولا أصالحك، فيقول الآخر: إنما قلته على وجه الصلح لا على الإقرار، فالقول قولُه، ولا يلزمه شيء[4].

قلت: وفي سماع يحيى - في رجل ادعى على رجل أنه افتضّ ابنته، وأنكره

---

(1) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب، ص: 20.

(2) في (ع): (وأمنا).

(3) انظر: الأحكام الكبرى، لابن سهل، ص: 429، 430.

(4) انظر: الوثائق، لابن سلمون: 2/252.

وزاد المشدالي بعده: وما قاله ابن القطان هو الأظهر عندي. والله أعلم.

ذلك الرجل الذي رمي بذلك، ثم قال: المنكر بعد إنكاره ينظر إليها النساء، فإن لم تكن بكراً، فأنا بها، فنظرها النساء فإذا هي مُفتضَّة فأنكر أن يكون فعل ذلك، أترى قوله: "ينظر النساء..." إلى آخره. إقراراً؟

قال: لا أراه إقراراً بهذه المقالة؛ لأنه يقول: رجوت أن تكون براءتي إذا نظرها النساء، وأن تكون سالمة مما ظن أبوها، فلا أرى الحد، ولا الصداق يلزمه بهذا حتى يقيم على الإقرار.

قلت: فهل ترى الأب قاذفاً له؟

قال: إن رمى بذلك رجلاً مشهوراً بالعدل، غير متهم بالقبيح ولا مظنون به، ولا مشار به إليه رأيتُه قاذفاً؛ فيحد له، وإن كان من أهل التهم لم أر عليه حداً ولا نكالاً.

ابن رشد: هذا بيّنٌ على ما قال ولا محل للكلام فيه، ولا إشكال[1].

وكل شيء له بال، فإنما يحلف عليه في جامع بلده، في أعظم مواضعه، وليس عليه أن يستقبل القبلة، ولا يعرف مالك اليمين عند المنبر إلا منبر النبي ﷺ؛ في ربع دينار فأكثر[2].

قوله: **(في جامع بلده)**.

الباجي: وهو الذي تقام فيه الجمعة[3].

وسئل ابن رشد عمن صرف ديناراً بدراهم وقبضها، وزعم أنها ناقصة

---

(1) البيان والتحصيل: 14/198.

(2) التهذيب: 3/614.

(3) المنتقى: 5/234.

وعُدَّتْ فوجِدَتْ ناقصةً، وقال دافعها: ما أخذتَها مني[1] إلا كاملة، وقال قابضها: ما أخذتُها إلا ناقصة، أين تكون اليمين إن توجهت هل في الجامع؟ أم لا؟

الجواب: اليمين في هذا تتعين في المسجد الجامع؛ لأن الأمر يؤول بما ادعاه قابض الدراهم؛ من نقصان عددها إلى انتقاض صرف جميع الدينار[2].

قلت: وفي سماع ابن القاسم فيمن ابتاع ثوباً فوجد به خرقاً فزعم البائع أنه بيَّنه، وأنكره المبتاع، أترى أن يحلف في هذا عند المنبر؟

قال: لا أرى أن يستحلف عند المنبر[3] إلا في ربع دينار فصاعداً.

ابن رشد: ظاهر هذا أنه لا يحلف عند المنبر إلا أن تكون قيمة العيب ربعَ دينار.

وقد روي ذلك عن ابن المواز.

وهو بعيد؛ لأنه يجب عليه إذا اختلف المتبايعان، فيقول البائع بعشرة والمبتاع بتسعة ألا يحلف عند المنبر، وهو لا يصح، لأن اليمين إنما هي في فسخ بيع الثوب وثمنه أكثر من ربع دينار، فكذلك الثوب المعيب، إنما ينظر إلى قيمته؛ لأنه هو الذي يرد إلى قيمة عيبه، فينبغي أن يعدل عن ظاهر الكلام.

فيقال: معنى قوله: (**إلا في ربع دينار فصاعداً**)؛ أن تكون قيمةُ الذي فيه العيب ربع دينار، لا قيمة العيب.

---

(1) في (ع): (هنا).

(2) انظر: مسائل ابن رشد: 2/938، 939.

(3) قوله: (قال: لا أرى أن يستحلف عند المنبر) ساقط من (ع).

أو يقال: معناه: إذا فات الثوب، ووجب الرجوع بقيمة العيب[1].

المازري: لو ادعى رجلان متفاوضان على رجل بربع دينار؛ لم يحلفاه في الجامع؛ لأن لكل منهما ثمنه، ولو نكل المدعى عليه ورد اليمين عليهما يحلف كل منهما على نصيبه.

ولو حلف أحدهما، ونكل [54/ب] الآخر؛ استحق الحالف نصيبه، ولا يدخل معه شريكه؛ لأنه لما نكل كأنه قاسمه.

ولو ادعى ورثة على رجل بربع دينار من قبل من ورثوه عنه، لكان مخيراً أن يحلف يميناً واحدة في الجامع ينفي بها كون موروثهم يستحق عليه شيئاً، أو يحلف لكل منهم في غير الجامع على نصيبه خاصة.

ولو كانت الدعوى منه عليهم لحلف كل منهم في المسجد؛ لأنه حميل بها على شريكه، فصارت الدعوى عليه في نصيبه ونصيب شريكه إن كان غائباً، لأنه وكيل مفوض إليه[2].

وقال بعده بيسير: ومما يتفرع على كون اليمين في المسجد مستحباً أو مستحقاً[3]؛ لو حلف المدعى عليه بالطلاق ألاّ يحلف بالمكان المعظم لوجب تحنيثه على أنه مستحق لا على أنه مستحب.

قلت: وفي سماع ابن القاسم من الأقضية: قال ابن القاسم: سمعت مالكاً يقول: يحلف في المسجد الجامع في الأيمان إذا كان ذلك يبلغ ربع دينار

---

(1) انظر: البيان والتحصيل: 8/264.

(2) المشدالي: انظر كلام ابن رشد على هذا المعنى في رسم (سنّ) من سماع ابن القاسم من الأقضية.

(3) قوله: (مستحب أو مستحق) يقابله في (ع): (مستحبا أو مستحقا).

فصاعداً، وأما الشيء التافه فإنه يحلف في مقامه، وحيثما قضي عليه باليمين.

قال مالك: ويحلفون قياماً.

ابن رشد: هذه المسألة وقعت في بعض الروايات، وقوله فيها: **(إنه يحلف في المسجد الجامع إذا كان ربع دينار فصاعداً)**، خلاف ما في المدونة؛ لأنه إنما ذكر فيها ربع دينار في الحلف عند منبر النبي ﷺ؛ فقال: إنه يحلف في المسجد الجامع فيما له بال؛ معناه: وإن كان أقل من ربع دينار على تأويل الشيوخ.

وقوله: **(يحلفون قياماً)** يحتمل أن يحمل على التفسير لما في المدونة؛ لأنه إنما قال فيها: **(إن الحالف لا يستقبل به القبلة)**. انظر تمامه[1].

الباجي - في باب الحنث على منبر النبي ﷺ من كتاب الأقضية -: قال ﷺ: «**من حلف على منبري آثماً، تبوأ مقعده من النار**»[2].

وقال: «**من اقتطع حق امرئٍ مسلمٍ بيمينه، حرم اللهُ عليه الجنةَ وأوجب له النار ولو كان قضيباً من أراك**»[3].

---

(1) البيان والتحصيل: 9/184.

(2) أخرجه مالك في الموطأ: 4/1052، كتاب الأقضية، باب ما جاء في الحنث على منبر النبي ﷺ ، برقم: 2692، والنسائي في سننه الكبرى: 3/ 491، كتاب القضاء، باب اليمين على المنبر، برقم: 6018، وأحمد في مسنده: 23/54، مسند المكثرين من الصحابة: مسند جابر بن عبد الله ﷺ، برقم: 14705.

(3) أخرجه مسلم في صحيحه: 1/122، كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار، برقم: 137، ومالك في الموطأ: 4/1054، كتاب الأقضية، باب جامع ما جاء في اليمين على المنبر، برقم: 2695، وأحمد في مسنده: 36/576، مسند الأنصار، حديث أبي أمامة الباهلي الصدي بن عجلان بن عمرو -ويقال: ابن وهب الباهلي-، برقم: 22239.

الباجي: وهذا القول منه ﷺ - وإن كان على البتِّ فيمن حلف على منبره، أو حلف فاقتطع بيمينه حق امرئ مسلم، فأوجب له النار - فإن لشيوخنا في ذلك قولين:

أحدهما: أن الوعيد ليس من باب الخبر، فلا يقال لمن رجع عنه: كاذب.

قال الشاعر:

وإني وإن واعدته أو وعدته   لمخلف إيعادي ومنجز موعدي

فمدح نفسه بإخلاف الوعيد، ولو كان ذلك كذباً لما مدح نفسه بإخلاف الوعيد، فعلى هذا، الوعيد متوجهٌ إلى كل عاص.

وقيل: إن الوعيد من باب الخبر، وأن الخلف فيه ضرب من الكذب، وذلك محال في صفة الباري تعالى، فعلى هذا؛ الوعيدُ متوجهٌ إلى كل من علم الله أنه لا يغفر له، وأنه لا بد من المعاقبة دون من أراد العفو عنه اهـ[1].

وقال سعد الدين في باب الحكم من شرحه للعضد: ذهب بعض المتكلمين إلى أن الخلف في الوعيد جائز دون الوعد[2].

---

(1) المنتقى، للباجي: 7/ 225، وما بعدها.

(2) المشدالي: هذا القول باطل عند علماء التحقيق.

قال القرافي في أواخر الفرق الثاني: وقع لابن نُبَاتة في بعض خطبه: «الحمد لله الذي إذا وعد وفَّى، وإذا أوعد تجاوز وعفى»، وحسن ذلك عنده ما جرت العوائد به من التمدح بالوفاء بالوعد والعفو في الوعيد، كما ورد في البيت المتقدم.

وقد أنكر العلماء ذلك على ابنِ نُبَاتة، ووجه الإنكار هو أنَّ كلامه يشعر بثبوت الفرق بين وعد الله تعالى ووعيده، وهو محالٌ عقلاً؛ لأنه إن أريد بالوعد والوعيد صورة اللفظ وما دل عليه بوضعه اللغوي وما دل عليه من العموم فإنهما سواء في جواز =

ولا يحلف اليهودي والنصراني في حق أو لعان أو غيره إلا بالله، ولا يزاد عليهم الذي أنزل التوراة والإنجيل، ويحلفون في كنائسهم وحيث يعظّمون، ويحلف المجوسي في بيت نارهم وحيث يعظّمون[1].

قوله: (حيث يعظّمون).

قلت: لولا أن (حيث) للمكان لقلنا أنه أشار بها إلى ما يعظّمون[2] من الزمان كالمكان.

= ________________

دخول التخصيص فيهما، فكما دخل التخصيص، في قوله تعالى: ﴿وَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُۥ﴾، ثم عَفى عنه تفضلاً، فلم ير شراً مع أنه عمله، فكذلك دخل التخصيص في قوله: ﴿فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُۥ﴾ ثم حبط عمله بردته وسوء خاتمته، أو أخذتْ أعمالُه في الظلامات بالقصاص وغيره، فلم ير خيراً مع أنه عمله.

وكذا سائر أخبار الوعد والوعيد، فخرج منها ما لم يرد باللفظ، وبقي المراد، فلا فرق بينهما من هذا الوجه، وإن أريد بالوعد والوعيد من أريد بالخطاب وقُصِد بالإخبار عنه بالنعيم أو العقاب؛ فيستحيل أن من أراد الله تعالى بالخبر أن لاَّ يقع به خبره، وإلا حصل الخلف المستحيل عقلاً على الله تعالى، بل يجب حصول النعيم لمن أراده الله تعالى بالإخبار عن نعيمه وحصول العقاب لمن أراده الله تعالى بالإخبار عن عقابه، لئلا يلزم الخلف، فحينئذ لا فرق بينهما.

فإن قلت: أريد بالوعيد صورة العموم وهو قابل للتخصيص، وبالوعد من أريد بالخطاب فإنه يتعين الوفاء بذلك الموعود، وحينئذ يندفع المحال، وتصح العبارة.

قلت: هذا يمكن، غير أنه يوهم أن الله تعالى يعفو عمن أريد بالوعيد، ولا يقتصر بالمفهوم على التخصيص فهو كما جرت به العادة من المدح بالعفو وإن أكذب أحدنا نفسه، كما قال الشاعر، فإن الكذب جائز علينا ونُمدَح به، وهو محال على الله تعالى، وإذا أوهم ذلك حرم إطلاقه، لأن إطلاق ما يوهِم مُحالاً على اللهِ حرامٌ.

(1) التهذيب: 615/3.

(2) في (ش): (يستعظمونه).

الأخفش: وقد ترِد للزمان[1].

قال سعد الدين أوائل المسند إليه: تستعار (**حيث**) للزمان، وصرح به الزمخشري وأبو حيان[2].

قال ابن وضاح[3]: قلت لسحنون: إن ابن عجلان قال: إنه يحلف اليهود

---

(1) انظر: مغني اللبيب عن كتب الأعاريب، لابن هشام، ص: 176.

(2) هو: أبو حيان، علي بن محمد بن العباس التوحيدي، شيرازي الأصل، أقام ببغداد والري، اشتهر باعتزاله، وتبحره في علوم اللغة والأدب، له من المصنفات: "الإمتاع والمؤانسة"، و"الرد على ابن جني في شعر المتنبي"، وغير ذلك.
انظر ترجمته في: معجم الأدباء، لياقوت: 5/15، ووفيات الأعيان، لابن خلكان: 112/5، وسير أعلام النبلاء، للذهبي: 119/17، وطبقات الشافعية، للسبكي: 286/5، وبغية الوعاة، للسيوطي: 2/190.

(3) هو: أبو عبد الله، محمد بن وضاح بن بزيع، وقيل: بديع، مولى عبد الرحمن بن معاوية، قرطبي، المتوفى سنة 286هـ، روى بالأندلس عن يحيى بن يحيى، وسعيد بن حسان، وزونان، ولقي في رحلته للمشرق أحمد بن حنبل، وسحنون، وعدد الرجال الذين سمع منهم 165 رجلاً، قال ابن الفرضي: وبمحمد بن وضاح، وبقي بن مخلد صارت الأندلس دار حديث، وكان ابن وضاح عالماً بالحديث وطرقه وعلله، ورعاً زاهداً، محتسباً في نشر العلم، وكان له أوهام في الحديث؛ فقد كان يسمع الحديث، فيقول: ليس من كلام النبي في شيء، وهو ثابت من كلامه ﷺ، وعدّه أبو عمرو المقرئ في القراء.
انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 4/435-440، وتاريخ علماء الأندلس، للخشني، ص: 44، وتاريخ ابن الفَرضي: 2/17-19، وجذوة المقتبس، للحميدي، ص: 87، 88، وتاريخ مدينة دمشق، لابن عساكر: 56/179-183، والفهرست، لابن خير: 150، 255، 274، وبغية الملتمس، للضبي: 133، 134، وسير أعلام النبلاء، للذهبي: 13/445، 446، وتذكرة الحفاظ، للذهبي: 2/646، والأعلام، للزركلي: 7/133.

يوم السبت، والنصارى يوم الأحد، وقال: إني رأيتهم يذهبون ذلك، فقال لي: من أين أخذه؟

فقال: أخذه من قول مالك: **(يحلفون حيث يعظِّمون)**. فسكت.

قال ابن وضاح: فكأنه أعجبه[1].

وقال: وقلت لسحنون: إن ابن عاصم عندنا يحلّف الناس بالطلاق؛ يغلِّظ عليهم بذلك، فقال لي: ومن أين أخذه؟

قلت: من الحديث: **«تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور»**[2].

فقال لي: مثل ابن عاصم كان يتأول هذا[3].

قلت: قوله: مثل ابن عاصم كان يتأول هذا، كلام موجَّه؛ يحتمل المدح أو الذم[4].

---

(1) ترتيب المدارك: 4/274-275.

(2) هذا قول عمر بن عبد العزيز كما في أحكام الشعبي، ص: 387، وفتاوى ابن رشد: 2/761، وروى أشهب عن مالك أنه كان يتمثل به. انظر المنتقى: 6/46.

(3) انظر: تبصرة الحكام، لابن فرحون، ص: 265.

(4) المشدالي: لمَّا حكى برهان الدين عن ابن وضاح ما سبق زاد إثر قوله: "مثل ابن عاصم يتأول هذا" ما نصُّه: تعظيماً لشأن ابن عاصم؛ لأنه ممن أخذ عن ابن القاسم. انظره في الفصل الثاني من القسم الثالث من التبصرة له.
وتلك الزيادة ترفع التوجيه، وتعيِّن أنَّ المراد إنما هو المدح.
المشدالي: قال ابن الهندي في وثائقه: وابن عاصم هذا هو حيُّ بن عاصم، روى عن ابن القاسم وأشهب، ودخل الأندلس وكان محتسباً بها في السوق.



كتاب المديان



كتاب المديان

قال ابن عرفة: الصواب المديون.

قلتُ: قال في العين: أدنت الرجل؛ أعطيته ديناً، ورجل مديون ومدين ومُدان[1].

وإذا حبس لتهمة أو لدد، لم يكن لطول ذلك حد، ولكن يحبس حتى يقضي أو يتبين عُدمه، فإن تبين عدمه أطلق، ثم ليس لرب الدين ملازمته ومنعه من تصرفه، ولا أن يوكل به من يلازمه. وروي أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا يستحلفانه أنه ما يجد قضاءً من قرض ولا عرض، وأنه إن وجد ليقضيَّن[2].

قوله: **(إن وجد ليقضيَّن)**.

قلتُ: ما زعمه ابن عبد السلام أنَّ هذه الزيادة لم يرها مالك؛ صحيحٌ فقهاً - لما وجهها به - لا نقلاً؛ لما سطره غير واحد من الموثقين وابن رشد وابن هشام وابن سهل والمتيطي وابن المنير.

ولم ينبّه في المختصر على هذا الانتقاء، ونبَّه عليه برهان الدين، وتبعه عليه صاحب التوضيح[3].

---

(1) انظر: العين، الخليل بن أحمد الفراهيدي: 8/72 و73.

(2) التهذيب: 3/619-620.

(3) انظر كلام ابن عبد السلام في: التوضيح، لخليل: 6/198.

قال مالك: لا أرى أن يحلِّف الابنُ الأبَ في دعواه، وإن استحلفه فهي جرحة على الابن، وإن لم أحبس الأبوين للولد، فلا أظلم الولد لهما[1].

قوله: (**لا أرى أن يحلِّف الابن الأب**).

قلتُ: أفتى ابن لبابة وغيره - فيمن سكتت عن طلب صداقها بعد موت زوجها عشر سنين، ثم قامَتْ تطلبه، وزعمت أن صداقها حبس عنها هذه المرة، فقالت: "أنا أرضى بحلف أولادي المطلقين أنهم لا يعرفون قيامي وطلبي وترددي، فمن حلف فقد قضيتُ له على نفسي بيمينه" - أنَّ لها ذلك عليهم.

ابن سهل: هذا جواب مجمل.

والصواب أن يقال: إن كانت أمسكت عن طلبها في صداقها في المدة التي ذكروها، وما خلَّفَه الميت بحاله لم يقسم ولا فوت، فلها القيام ويقضى لها به، ولا يضرها سكوتٌ، وتحلف إن كان الورثة لها بنين صغاراً، أو واحداً صغيراً؛ إنَّها ما قبَضَت[2] ولا وهبت ولا أحيلت به، وإنه باق إلى حين[3] يمينها هذه.

وإن كان الورثة كباراً وهم بنوها؛ فلا يمين لها؛ إذ لا يحلف الأب لبنيه.

هذا إذا ثبت ما تدعيه ببينة[4].

---

(1) التهذيب: 620/3.

(2) في (ش): (قضت).

(3) قوله: (حين) ساقط من (ع).

(4) في (ع): (لبينة).

والدليل على ما قلنا ما في نوازل عيسى - فيمن له ذكر حق، فمات الذي هو عليه، فقسم ماله وهو حاضر، ثم قام بعدُ - أنه[1] لا شيء له، إلا أن يكون له عذر في ترك القيام؛ فهو على حقه أبداً.

هكذا يجب أن يكون جوابهم[2].

قلتُ: وفي سماع محمد بن خالد من الوصايا - في رجل كتب وصيته، ثم خرج مسافراً، فحضرته الوفاة في سفره[3]، فكتب وصيةً أخرى، وكنَّى عن التي ترك، ولم يذكرها بشيء، وأوصى في سفره إلى رجل فذهب الوصي، فأنفذ وصيته في سفره ذلك من ماله الذي ترك -قال ابن القاسم: أراه متعدياً، وأراه ضامناً.

وقال ابن نافع مثله.

قال ابن رشد: إنما ضمن[4]؛ لأنه تبين عداؤه بتعجيل تنفيذ الوصية في السفر من المال الذي تركه فيه دون [55/أ] أن يتربص ويثبت حتى يرجع لبلده، فينظر هل له وصية أخرى أم لا.

وإنما يضمن إذا كانت الوصية التي كتب في بلده أَوْلى من هذه وأحق بالتبدئة، ولا يحملهما الثلث معاً[5].

ابن هشام- لمَّا نقل سماع ابن خالد هذا - قال: انظر هذا، وانظر ما في

(1) قوله: (أنه) ساقط من (ش).
(2) انظر: الأحكام الكبرى، لابن سهل، ص: 200.
(3) قوله: (في سفره) ساقط من (ش).
(4) قوله: (إنما ضمن) يقابله في (ع): (إنه ضامن).
(5) البيان والتحصيل: 13/250-251.

المديان من المدونة من هذا المعنى؛ هل هو خلاف؟ أم لا؟

قلتُ: لا أعلم ما يوهم خلاف السماع إلا قوله هنا في الوارث والوصي يقضي بعض الغرماء، والتركة قاصرة، ولا يعلمون أنه مديان؛ أنهم لا شيء عليهم، وكذا بعدَه في الوارث يبيع التركة غير فار ولا عالم؛ أن البيع صحيح، فكأنه يقول: القياس أن يكون الوصي في مسألة السماع كذلك؛ لأنه تصرف بوجهٍ جائز، إلا أن يقال: لا نسلِّم أنه تصرف بوجه جائز؛ لأن الجواز مشروط بالبحث والاستقصاء.

فهذا والله أعلم هو الذي لم يجزم به.

إلى أن قال: انظر هل هو خلافٌ أم لا!

وإذا باع الورثةُ التركةَ فأكلوا ذلك واستهلكوه، ثم طرأت ديون على الميت، فإن كان الميت يُعرف بالدين، فباعوا ماله مبادرة، لم يجز بيعهم، وللغرماء انتزاع عروضه ممن هي في يديه، ويتبع المشتري الورثة بالثمن[1].

قوله: (**وإذا باع الورثةُ التركةَ، فأكلوا ذلك...**) المسألة.

قلتُ: في سماع أشهب - فيمن مات وترك مالاً قيمته ألفا دينار، وعليه مائتا دينار، وقام بعضُ الورثة، فباع نصفَ الأموال لنفسه، وقال: فيما بقي وفاءٌ بالدين - قال: "لا يجوز ذلك البيع ويفسخ، ولا ميراث إلا بعد الدين، ولعلَّ تلك الأموال تهلك".

---

(1) التهذيب: 3/622.

قلتُ: أرأيت إن سَلِمَت[1] أيجوز البيع؟ قال: لا.

ويرُدُّ ابن رشد روايةَ أشهب هذه؛ لأنه[2] لا يجوز البيع - ويفسخ وإن كان بإذن جميع الورثة - من أجل الدين؛ لقول الله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [سورة النساء آية: 11]، خلافَ ما مضى في سماع ابن القاسم في أنَّ مصالحة المرأة الورثة قبل أداء الدين جائزة، وخلافَ ما في المدونة في أن بيعَ الورثة التركة إذا لم يعلموا بالدين جائزٌ.

والبيع والقسمة في شيء من التركة قبل أداء الدين على رواية أشهب مفسوخٌ؛ لمطابقة النهي.

وذلك جائز على مذهب ابن القاسم إذا أدوا الدين من أموالهم أو من بقية التركة.

وعلى هذا يأتي قول مالك في الذي يحلف بعتق رقيقه ليقضينَّ غريمَه إلى شهر، فيُمنَع من بيع رقيقه حتى يقضي؛ أنه إن باع منهم. وقضي الحق من ثمنهم قبل الأجل؛ جاز لسلامته من الحنث.

واضطرب قول ابن القاسم في انتقاض القسمة إذا كانوا قد قسموا جميع التركة، ثم طرأ دين وأَبَوا أن يخرجوه من أموالهم[3].

قلتُ: العجب من عياض رحمه الله في سؤاله لابن رشد، ولم يتصفَّح كلام ابن رشد هذا حتى سأل عن صحة البيع.

---

(1) في (ع): (أسلمت).

(2) في (ش): (أنه).

(3) البيان والتحصيل: 10/407-408.

ونصُّ سؤاله - عمن باع نصيبه من بعض الرباع الموروثة وعليه دين، والتركة فيها فضل عن الدين أو لا دين - فهل يجوز هذا البيع؟

الجواب: إنْ سلَّم له سائر الورثة بيع نصيبه، وأدَّوا الدين من بقية التركة؛ جاز ذلك على مذهب ابن القاسم، ولم يجُز على مذهب أشهب. اهـ[1].

قلتُ: وقد ذكروا خلافاً في الشركاء؛ إذا باع أحدهم طائفة معينةً من أرض - مَثلاً - فهل يفسخ البيع، ولو قسم، ووقع المبيع في نصيب البائع؟

وهو ظاهر المدونة في كتاب الشفعة في عين هذه المسألة على زيادة تأتي إن شاء الله تعالى.

وقيل: يمضي.

فكيف يخفى هذا على جلالة قدر عياض رحمه الله؟

إن أقرَّ لزوجته في مرضه بدين أو مهر، فإن لم يُعرَف منه إليها انقطاعٌ وناحيةُ محاباة، وله ولد من غيرها، فذلك جائز، وإن عُرِف بانقطاع إليها ومودةٍ، وقد كان بينه وبين ولده من غيرها تفاقم، ولعل لها منه ولداً صغيراً؛ فلا يجوز إقراره[2].

قوله: (وأما إن أقر لزوجته).

سأل عياض ابن رشد عن امرأة أشهد لها زوجها في مرضه الذي مات منه بدين ولا وارث له إلا أبوه، ثم ظهر حمل بامرأته قبل موته، وعلم به الزوج، ورجع عن كثير من وصاياه بسبب الحمل، وثبت على الإقرار بدين المرأة إلى إن

---

(1) انظر: مسائل ابن رشد: 2/1018، 1019.

(2) التهذيب: 3/625.

مات، فهل الحمل هنا كالولد الظاهر؟

وكيف إن لم ينظر في التركة إلا بعد ولادة المرأة، وحينئذ قامت بدينها؟

ما الجواب؟

الجواب: الذي أراه أنَّ عِلمَه بالحمل يدفع التهمة عنه في إقراره للزوجة بالدين ورجوعه عن وصاياه؛ بسبب الحمل لما علم به من أدل دليل على انتفاء التهمة عنه في إقراره للزوجة بالدين[1].

قلتُ: وفي سماع عبد الملك - في رجل حضر خروجه لحج أو غزو أو سفر من الأسفار، فيكتب وصيته، ويشهد لامرأته أو بعض ولده أن لهم ديناً عليه، ويضع ذلك في وصيته أوْ لا، غيرَ أنه يشهد على نفسه بذلك، ويتصدق حينئذ بصدقة على ولدٍ[2] صغير، فيموت في سفره ذلك - فهل تصح وصيته هذه؟ أم لا؟

قال: تصح ولا يُتَّهَم؛ لأنه صحيح، ولا تهمة في السفر.

ابن رشد: هذا خلاف قوله وروايته عن مالك - في رسم **(نذر سنة)** من سماع ابن القاسم؛ لأنهما حكما فيه للخارج للسفر بحكم المريض -: لا يجوز أن يفعل ما يفعله الصحيح؛ فعلى هذا لا يصح إقراره للوارث بالدين عند الخروج للحج، أو الغزو أو غيره من الأسباب، كما لا يجوز للمريض إقراره لوارث بدين إن مات من مرضه[3].

---

(1) انظر: مسائل ابن رشد: 2/ 951، 952، ومذاهب الحكام، للقاضي عياض وولده محمد، ص: 133.

(2) في (ش): (ولده).

(3) البيان والتحصيل: 13/252.

قلتُ: قال ابن زرب - فيمن أقر في مرضه بدين لوارثه، أو صديق ملاطف، وله ابنة -: لم ينفذ إقراره، والبنت كالعصبة، فإن كان موضعها أو معها ابن؛ نفذ إقراره.

فقيل له: روى ابن عبد الحكم[1] عن مالك أن البنت كالابن.

---

(1) هو: أبو محمد، عبد الله بن عبد الحكم بن أعين المصري، المتوفى سنة 214هـ، صاحب الإمام مالك رحمهما الله، انتهت إليه رئاسة المذهب بمصر، بعد أشهب، روى عن مالك، والليث بن سعد، وابن عُيينة، وغيرهم، وروى عنه عبد الملك بن حبيب، وابن الموَّاز، والربيع بن سليمان، من آثاره ثلاث مختصرات في الفقه المالكي؛ كبير، وأوسط، وصغير، وقد صورت نسخة خطية منه عليها زيادة اختلاف فقهاء الأمصار للبرقي، من مكتبة أسعد باشا في اسطنبول هممت بإخراجها ثم توقفت لأفسح المجال أمام محمد بن عبد الله السالم الذي سجل نفس الكتاب برسالة ماجستير، والأوسط مفقود، وللكبير نسخة غير كاملة في خزانة القرويين يعمل على إخراجها الدكتور حميد لحمر وفقه الله.

قال محمد الأمين (عرفات):

إن محمَّدَ ابنَ عبْدِ الحَكَمِ ... يأتي لدَى المُحَمّدينَ فاعْلم

والِدُه بعْدَ الإمامِ أشْهَبِ ... أفْضَتْ لَه رئاسةٌ في المذْهبِ

له رِوايةٌ عَنِ الإمامِ ... وكمْ رَوى عنهُ مِن الأعْلامِ

مختصراتٍ صنَّفَ الكبيرُ ... وهكذا الأوْسطُ والصغيرُ

في أوسط (دالٌ) من الآلافِ ... و(الحاءُ) معْ (يا) في الكبير الوافي

أمَّا الصغيرُ فِيه ألفٌ و(را) ... لهُ على موطّأ قد قَصَرا

وقد قَضى هذا الإمامُ المُعْتَمدْ ... في ثالثِ من القرون عام (يدْ)

وهُوَ عبْدُ الله.......... ....

=

فقال: نعم، لكن أن البنت كالعصبة، وقد علمتَ أنَّ فيها خلافاً.

ابن سهل[1]: لم يذكر ما في المدونة هنا، وفي الوصايا من المدونة، وفي النوادر عن أشهب، وفي الكفالة والمكاتب من المدونة، ولا أرى جواب ابن زرب في البنت إلا وهماً[2].

ومن سأل رجلاً أن يقضي عنه لفلان ألف درهم، فأنعم له فمات الآمر قبل القضاء، فإن كان الطالب ربَّ الدين أتعد من المأمور على وعدٍ، ورضيا بذلك وانصرفا عليه؛ لزمه الغرم، وهذه حمالة[3].

قوله: (**أفتعد[4] من المأمور...**) المسألة.

اشتراط الرضى مُشكل مع صحة الضمان لمن لم يرض.

=

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 3/ 363، والديباج، لابن فرحون: 1/ 419، وشجرة النور، لمخلوف: 1/ 59، وطبقات الفقهاء، للشيرازي، ص: 151، والطبقات، لابن سعد: 7/ 518، والتاريخ الكبير، للبخاري: 5/ 142، ومعرفة الثقات، للعجلي: 2/ 44، وحسن المحاضرة، للسيوطي: 1/ 166، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 85، 86، 139.

(1) في (ع): (رشد).

(2) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 558.

(3) التهذيب: 3/ 628.

(4) في (ع): (افتقر).

قال ابن هرمز: إن ادعى الغرماء أنهم دفعوا المال إلى الوصي، وأنكر ذلك الوصي، حلف، وإن نكل ضمِن. وأما مالك فضمنه بنُكُوله في اليسير، وتوقف في الكثير، قال ابن القاسم: ورأيي على قول ابن هرمز أنه يضمن في القليل والكثير. وإذا قضى الوصي غرماء الميت بغير بينة فأنكروا، ضمن إن لم يأت ببينة[1].

قوله: (وإنما توقَّف مالكٌ في الكثير...) المسألة.

سئل الإمام المازريُّ عن رجل طلب رجلاً أن يبيع له[2] سلعته، فقال: امرأته طالق لا أبيعها[3] لك، فلما رآه حلف؛ ادعى عليه أنه باعها منه، فقال رب السلعة: ما بعت منك شيئاً، فطلب باليمين أنه ما باع منه شيئاً، فتورع عن اليمين، فرده على المدعي، فحلف أنه قد باعه له، فهل يحنث في يمينه لا يبيعها له؟ أم لا؟

الجواب: لا يحنث بنكوله عن اليمين؛ لأن الناس تشق عليهم الأيمان، ويتورعون عنها.

وقد قال مالك في الوصي: يغرم في نكوله في اليسير، وتوقف في غرامته في الكثير؛ لأجل مشقة اليمين على الناس، فكذلك هذا، فنكوله لأجل المشقة، ولم[4] يقصد بأصل يمينه أوَّلاً، إذ إنه ما باعها منه اختياراً، ولا يختلف فيما بينه وبين الله، ويصدَّقُ إلا أن تقوم عليه بينة في يمينه، فيحلف أنه لم يرد إلا أنه

(1) التهذيب: 3/630.

(2) قوله: (له) ساقط من (ع).

(3) في (ش): (نبيعهان).

(4) في (ش): (وثم).

[55/ب] لا يبيعها طوعاً، ولا شيء عليه.

قال الله تبارك وتعالى: ﴿حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ﴾ [النساء من الآية 6]. فَشَرَطَ الرشد مع البلوغ. قال ابن القاسم: ولا يخرج المولَّى عليه بأبٍ أو وصيٍّ من الولاية، وإن حاضت الجارية وتزوجت ودخلت بيتها واحتلم الغلام أو خضب بالحناء، ولا يدفع إليه ماله إلا برشد الحال[1].

قوله: (فَشَرَطَ الرشدَ مع البلوغِ).

قلتُ: وهنا نكتة قرَّرها بعض المحققين من المشارقة؛ قال: الرشد له مراتب:

أدنى - وهو رشد المال فقط - وهو المراد عند مالك.

وأعلى - وهو رشد المال والدين - وهو المراد عند الشافعي.

واعلم أن الإيمان والإخلاص وسلب النقائص عن الله تعالى أجمع الناس فيه على الحمل على أعلى المراتب؛ أي: الأمر بالتوحيد متعلق بأقصى غايته الممكنة للعبد، فيثبت له جميع صفات الكمال اللائقة به، ويسلب عنه جميع النقائص.

وقسم الإجماع فيه على الحمل على أدنى المراتب - وهو الإقرارات - فإذا قال: له عندي دراهم؛ لزمه ثلاثة، وهو الأدنى مع تناول اللفظ للعدد الكثير؛ لأن الأصل براءة الذمة، وقسم اختلف فيه؛ وهو نحو الرشد، وحكاية المؤذن[2].

---

(1) التهذيب: 3/630-631.

(2) الفروق: 1/250، وما بعدها.

قوله: (ولا يخرج المولَّى عليه بأبٍ أو وصيٍّ...) المسألة.

قلتُ: ظاهره وقَّت الموصي مدة أم لا.

ابن سهل عن ابن القطان: إنَّ القاضي ابن بشير قال لمن حضره من الفقهاء: ما قولكم فيمن أوصى على ابنه، وشرط أنه إذا بلغ عشرين سنة فهو مطلق، فمات الموصي، وبلغ الابن المدة المذكورة، ثم تصرف بعد ذلك وغيره، وهو مجهول الحال لم يظهر منه سَفَهٌ، ولا عُلِمَ منه رشدٌ؛ هل أفعاله جائزة دون إطلاقه الوصي من الولاية؟ أم لا؟

فقال ابن دحَّون وابن أيمن وابن الشقَّاق: لا تجوز إلا بعد رشده؛ لأنه مولى عليه.

فأخرج لهم القاضي جواب الإشبيلي أنه مطلق بذلك الشرط جائزُ الفعل.

ابن القطَّان وابن سهل: وبه أقول، وبه قال القاضي ابن بشير واختاره المتيطي[1].

قال ابن مالك: اختلف المتأخرون في الأب يولي على ابنته في وصيته بعد دخول زوجها بها، ولم تبلغ الوقت الذي تجوز فيه أفعالها، ثم يتراخى موتُه إلى أن تبلغ الوقت الذي تخرج به من ثقاف الحجْر؛ هل يلزمها حكم تلك الولاية، فيكون كأنه جدد عليها حكم السفه، فلا تخرج إلا بثبوت رشدها ببينة؟ أو لا يلزمها حكم هذه الولاية؟ انظره[2].

(1) انظر: الأحكام الكبرى، لابن سهل، ص: 115.

(2) انظر: المقدمات المهدات: 2/56، ومسائل ابن رشد: 1/181، والمتيطية: 1/336.

وزاد المشدالي بعده: قال في الطرر: قال ابن رشد: اختلفوا في لزوم الولاية المذكورة

المتيطي: قال غير واحد من الموثِّقين: للسفيه طلب حقوقه بمحضر وصيه، وفي غيبته والخصام فيها، وليس له أن يوكّل على طلبها.

وقال ابن يَبْقَى وغيره: له أن يوكل كما له أن يطلب، وعلى هذا مضى العمل(1).

=

على قولين؛ فمنهم من رأى لزومها كتجديد السفه عليها الذي لا تنفكُّ عنه ولا تخرج منه إلا بثبات رشدها بالبينة العادلة.

ومنهم من لم ير ذلك لازماً بخلاف تجديد السفه، وقالوا: ذلك بمنزلة الأب يولي على ابنته وهي بكر، ثم يزوجها فتقيم مع زوجها سبع سنين أو أكثر فيموت؛ أن الإيصاء ساقطٌ عنها.

صحَّ مِن مأذون المقدمات، وظاهره أن لا خلاف في البكر أن الإيصاء لا يلزمها بعد السبع سنين.

وقد يصح هذا مع التزام ما روي عن ابن القاسم في السبع سنين.

وأما مع التزام قول مالك في الموطأ والمدونة أن البكر في ولاية الأب حتى يُبنى بها، ويعرف من حالها، فلا يسقط الإيصاء بمرور المدة المذكورة؛ لأن معنى قول مالك أن أفعالها على الردِّ وإن عُلِم رشدُها ما لم تنكح، فإذا نكحت وبنى بها حُملت أفعالُها على الرد حتى يشهد برشدها، وإذا كان هذا هكذا كان مع انعقاد الولاية أولى.

انظر ترجمة وثيقة وصية بالنظر لبني الموصي خاصة من أوائل الربع الأخير.

وقال بعدَه في ترجمة وثيقة تجديد الرجل سفه ابنته المزوجة البكر ما نصُّه: عن ابن عبد الغفور: ومن ولَّى على ابنته بعد ما نكحت، ودخل بها زوجها ثم توفي؛ نظر إلى أجل النكاح وإلى أجل الوصية، فإن كان أجل النكاح قبل أجل الوصية بسبعة أعوام أو نحوها ولم تجدد عليها ولاية؛ لم تجز ولايته عليها في رواية يحيى عن مالك، وعلى رواية ابن القاسم هي في ولاية أبيها حتى يؤنس منها الرشد، فتنفذ عليها وصية الأب.

وقال أيوب: إنما للأب أن يجدد عليها الولاية بعد العام ونحوه، وقوله يدل على أنه لا يجب له ذلك بعد طول الزمان على نحو ما ذكر يحيى رحمه الله.

(1) انظر: المتيطية: 336/أ.

=

الطرر قال المشاوَر: ولو علم الوصي[1] برشده، ولم يدفع إليه ماله، وتلف عنده ببينة أو بغير بينة؛ ضمنه؛ لأنه مقعد في حبسه.

وكذلك لو ثبت رشده ببينة، فتلف ماله قبل دفعه له ضمنه[2]،

ولو شهدت بينة بترشيده عند قاض، فسلم الوصي فأطلقه القاضي، ثم

= وزاد المشدالي بعده: قال ابن عرفة في الوكالات: قال ابن شاس: كل من جاز تصرفه لنفسه جاز توكليه، وجاز كونه وكيلاً إلا لمانع، مسائل المذهب واضحة به.

وفي سماع يحيى - في توكيل بكر من يخاصم لها -: توكليها غير جائز؛ لأنها لا تلي مثل هذا من أمرها، و إنما يليه وصيُّها أو من يوكله سلطان.

ووقع في المدونة: على العبد ما يوهم صحة وكالة المحجور عليه في عتقها الثاني: (إنْ دفع العبد مالاً لرجل على أن يشتريه ويعتقه ففعل فالبيع لازم، فإن استثنى ماله لم يغرم الثمن ثانياً، وإلا غرمه ويعتق العبد، ولا يتبع بشيء).

وفي سماع عيسى من العتق ما هو كالنص في ذلك، قال فيه: "إن دفع عبدٌ إلى رجل مائة دينار، وقال له: اشترني لنفسي من سيدي، فاشتراه لنفس العبد واستثنى ماله؛ كان حراً، ولا رجوع لبائعه على العبد ولا على المشتري بشيء، وولاؤه لبائعه".

ابن رشد: مرَّض الأصيليُّ هذا الشراء؛ بأن وكالة العبد على شرائه لا تجوز إلا بإذن سيده، فعلى قياس قوله: "إن لم يعلم السيد أنه اشتراه للعبد"؛ كان له رد ذلك، وإن علم فلا كلام له.

قلت: تقدم لنا الجواب عن تعقب الأصيلي؛ بأن حجر العبد إنما هو ما دام في ملك سيده، وهو ببيعه خرج عن ملكه، وصح توكيله، ولزم عتقه ضربةً واحدةً، كقولها فيمن باع عبده بعد أن نكح بغير إذنه ولم يعلم به: (مضى نكاحه، وليس لسيده فسخه إلا أن يرجع لملكه)؛ يردُّه مبتاعه بعيب النكاح.

(1) في (ع): (الولي).

(2) قوله: (لأنه مقعد في حبسه، وكذلك لو ثبت رشده... ضمنه) ساقط من (ع).

باع وتصرف، ثم قام بعد ذلك بعقد بينة شهدت فيه أنه لم يزل سفيهاً مذ عرفوه إلى وقتهم هذا، فهل تمضي أفعاله زمن الفترة لأن القاضي حكم بترشيده؟ لا سيما إن كانت بينة الترشيد أعدل، أوْ لا؛ لأنه كحكم تبين خطأه.

فأجاب المشاوَر: بأن ولاية الفقيه عليه إعمالاً بهذه البينة، ويرد فعله، ويعزل الوصي، ويقدم غيره، ولا يضمن الوصي شيئاً مما أتلفه؛ لأنه فعل باجتهاده[1].

قلتُ: قال المتيطي: في الواضحة عن مطرف وابن الماجشون: إذا أتى رجل بيتيم إلى قاض، وقال: أنا أوصاني أبوه عليه، وطلب دفع ماله إليه، ويكتب له القاضي براءةً به؛ لا يبيح له ذلك القاضي حتى يثبت عنده أنه هو الوصي عليه، وأنه بلغ مبلغ الرضا.

وقال أصبغ: ذلك جائز بإقراره.

قلتُ: وهي منصوصة بعينها في نوازل سحنون من التفليس.

قال ما نصُّه - فيمن أتى بيتيم بالغ إلى قاض، فقال له: إنَّ أبا هذا أوصى إليَّ به وبماله، وقد بلغ مبلغ الرضا فاكتب لي منه براءة، فإني أريد أن أبرأ إليه بماله - قال: يكتب له، وإن لم يعلم أنه وصيه إلا بقوله[2].

---

(1) في (ع): (باجتهاد).

وزاد المشدالي بعده: إنما أجاب المشاوَرُ الجوابَ المذكور فيما إذا أطلقه الوصي باجتهاده من غير بينة ولا حكم قاض، وهذا أضعف، فلا يلزم من رد أفعاله هنا ردَّها في الأولى.

انظر: الطرر في آخر وثيقة (ترشيد) وأول التي بعدها، وتأمله.

(2) البيان والتحصيل: 10/486-487.

وزاد المشدالي بعده: وقد أشار إليها ابن سهل في ثالث ترجمة من الوصايا، وذكر معها =

ولا يجوز للمولّى عليه عتق ولا بيع ولا هبة ولا صدقة، ولا يلزمه ذلك بعد بلوغه ورشده إلا أن يجيزه الآن، وأستحبّ له إمضاءه ولا أجبره عليه. وما ليس فيه إلا المتعة ففعله فيه جائز، فيجوز طلاقه زوجته وعتقه أم ولده، وأما النكاح فلا، إلا بإذن وليه، وما وُهب له من مال فإنه يدخل تحت الحجر[1].

قوله: **(فأما النكاح فلا إلا بإذن وليه).**

ابن مغيث: أجمعوا أن السفيه له أن يَفديَ نفسه من العدوِّ بجميع ماله، ولا تعرضَ للوصي فيما فيه حياة نفسه، فكذا ينبغي أن لا يعترض الولي نكاحَه إذا كان يخاف على نفسه العنت.

وقاله طائفة[2].

=

مسألةَ من قدِم بمالٍ زعم أنه ثلث فلان أوصى أن يفرَّق في المساكين، ومسألة من أتى إلى حاكم وقال: إن فلاناً أعطاني أو بعث إليَّ مالاً وأمرني أن أدفعه بأمر الحاكم إلى ورثة فلان، فانظر فيه.

(1) التهذيب: 3/631.

(2) المشدالي: قال ابنُ مغيث: اختلف العلماء في نكاح المحجور؛ فقالت طائفة: إن نكح بغير إذن وليه فنكاحه باطل إذا أبطله الولي عنه، وبه قال مالك وأصحابه، وبه الحُكم، ومن حجتهم الإجماع أنه ممنوع من ماله، فدل على بطلان تزوجه لأنه يوجب حكماً في المال، وليس له ذلك لأنه ممنوع من ماله إذ لا يؤمن أن يطلق الزوجة، وفي ذلك إزالة ملكه عن ماله، وغير جائز له أن يخرج من ماله إلا ما أوجبه كتاب أو سنة أو إجماع.
وقالت طائفة: نكاحه جائز لا يعترضه في ذلك ولي ولا غيره إذا خشي العنت؛ لأنه مما يتعفف به من الفساد ويحفظ به فرجه ودينه؛ لأنه إذا منع من ذلك مع حاجته إليه أدخل عليه أشد الضرر، وهو الحد الذي يجب عليه مع المعصية لربه، لأنه متعبد
=

وليس له منع زوجته من التجارة، وله منعها من الخروج[1].

قوله: **(وليس له منع زوجته من البيع)**.

قلتُ: قال سحنون في نوازله: لذات الزوج أن تُدخِل على نفسها رجالاً تشهدهم بغير إذن زوجِها، وزوجُها غائب، ولا تمنع من ذلك، إلا أنه لا تدخل عليها الشهود في غيبة زوجها إلا ومعها ذو محرم منها.

ابن رشد: هذا كما قال أنه من حقِّها أن تُدخل من تشهده على نفسها بما تريد، مما يجب عليها أو يستحب؛ لأنها في ذلك كالرَّجُل، ولا يمنعها من شيء من ذلك الاختيار، كما قال أنها لا تدخل الشهود في غيبة زوجها إلا مع ذي محرم، فإن لم يكن فَرِجالٌ صالحون[2].

ولو دفع الوصي إلى المولَّى عليه بعد الحلم بعض المال يختبره به فلحقه فيه دين، فلا يلزمه الدين فيما دفع إليه ولا فيما أبقى، لأنه لم يخرج من الولاية بذلك[3].

قوله: **(بعض المال يختبره)**.

=

ومنهي ومأمور، فإذا كان منهياً عن الزنا، فالحدود واقعة عليه بمواقعة الزنا. فوجب أن يتعفف بالنكاح عن السفاح، والنكاح عليه واجب؛ لأنه إنما عليه أن يطلق له من ماله ما يعفه عن الزنا ويصونه عن الحدود التي ربما أوجبت تلف نفسه، ولو لم يكن مخاطباً إذا خاف على نفسه العنت لما حد إذا زنا؛ لأنه غير مأمور ولا منهي.

انظر: الطرر في ترجمة فسخ الوصي نكاح اليتيم.

(1) التهذيب: 3/631.

(2) البيان والتحصيل: 10/179-180.

(3) التهذيب: 3/631-632.

المتيطي: هل خمسين أو ستين ديناراً، ولا يكثر.

قلتُ: قال في تعليقة القابسي: وقعت مسألة في وصيٍّ دفع مركباً له لمولىً عليه في حجره، وأمَره بالسفر به إلى إسكندرية، فمضى به المولى عليه، ورجع فعطب في رجوعه، فقال الوصي: إنما أمرتك أن تصل به وتبيعه هنالك، فغررت ورجعت به، فعليك الضمان.

فقال أبو عمران: لا ضمان عليه؛ لأن من أطلق يد سفيه على ماله، أو بايعه، أو أودعه وديعة فتعدى السفيه؛ فلا شيء عليه.

قيل له: أصلحك الله! جنايةُ الصبي لازمةٌ له إلا فيما أطلق يده عليه، وهذا الوصيُّ يقول: إنما أطلقت يده في الوصول بالمركب فقط، فبنفس وصوله انقطع تسليطي عليه، فهو متعدٍّ.

فقال أبو عمران: هذا؛ وإن كان كما قلت، فهو قد بقيَ بيده كأنه أودعه إياه حتى يبيعه، وقد قال مالك فيمن جعل للسفيه جُعلاً في آبقٍ فباعه إلى آخر؛ ما في المدونة، وذكر مسائل على هذا المعنى.

ويحجر على البالغ السفيه في ماله، وإن كان شيخاً، ولا يتولى الحجر إلا القاضي. قيل: فصاحب الشُّرَط؟ قال: القاضي أحب إليّ[1].

قوله: **(قيل له: فصاحبُ الشُّرَط)**.

اختصرها لإيهام الجواب في **(أحبُّ)**؛ أهو على بابه؟ أم لا؟.

وعلى بابه فهِمَه ابن محرز، واختار آخِراً ما يقتضي الوجوب.

المتيطي: وهذه المسألة إحدى المسائل الأربعة [56/أ] في المدونة أنه لا

---

(1) التهذيب: 3/632.

يَحكُم فيها صاحبُ الشُّرَطة.

والثانية: لا يَحكُم على الغائب.

والثالث: لا يقيم الحد.

والرابع: لا يقسم بين الصغار والكبار.

ووقع أيضاً في المدونة: (**لا يجوز ضرب ولاة المياه**).

قلتُ: قال ابن سهل: ونحوه لعياض؛ سألتُ ابن عتَّاب عن حاكم من صاحب شُرَط أو غيره يرتفع إلى خطة القضاء، فهل يستأنف النظر فيما وقع بين يديه من الأحكام، ولم يكملها؟ أو يصل نظره فيها، ويكمل على ما مضى له؟

قال: يبني على ما مضى.

ثم قال في مِديَانها: (**قلتُ: أرأيتَ صاحبَ الشرَطة...**) المسألة[1].

قلتُ: وجه مناسبة ذكر مسألة المدونة عقب النازلة المسؤول عنها، أنه فهم من قول ابن القاسم أن (**أحبّ**) على بابه، فإذا كان على بابه صحَّ حينئذ إتمامُ الحاكم المرتفع إلى خطة القضاء على ما مضى؛ لأن صاحب الشرَطة قبل الارتفاع صحيحٌ، والاستحباب إلى القاضي، فإذا صحَّ بنى فِعلَه الصحيح، على فعله الصحيح.

هذا أنسَبُ من كونه ذكر في الترجمة، وما تنفرد به القضاة، فعلى هذا يكون (**أحبّ**) على الوجوب.

---

(1) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 28.

ومن أمر رجلاً أن يدفع لفلان ألف درهم، قال: عَنِّي، أو لم يقل، ففعل ثم قال الآمر: كانت لي ديناً على المأمور، وأنكر المأمور. وقال: بل أسلفته إياها، فالقول قول المأمور[1].

قوله: (**بل أسلفته إياها...**) المسألة.

في سماع يحيى من الكفالة - فيمن قال لرجل: أحيلك على غريمي هذا بعشرة، فقبضها المحال، ثم إن المحيل أباه فقال له: ادفع لي ما أخذت فإني أسلفكته، فقال له المحال: إنما أحلتني بحق لي عليك، وإحالتك إقرار منك بحقي، ولا بينة على الحق - القول قول مدعي السلف.

ابن رشد: كقولها آخر المديان[2].

قلتُ: قال الشيخ أبو الحسن المغربي: أقاموا من هنا أن من اقتضى دينه لا يلزمه دفع الوثيقة للمطلوب؛ خوف دعواه السلف.

ابن عبد الحكم وأصبغ: يجبر وتقطع.

ابن الهندي: لا يبرأ بدفعها للغريم إذا قام الطالب عليه، واستظهر المطلوب عليه بالوثيقة؛ لأنه يقول: سقطت مني، فيحكم بردها للطالب، وبالغرم بعد يمين الطالب.

ابن رشد: إلا أن يكون أشهد له أنه إن جاء بذكر الحق؛ فهو براءته مع يمينه أنه لم يسرقه، وهذا لا خلاف فيه[3].

---

(1) التهذيب: 3/633.

(2) البيان والتحصيل: 11/340-341.

(3) المشدالي: قال برهان الدين - في الباب الثاني والستين من تبصرته -: وللذي عليه =

الدين أخذ وثيقة الدين من ربه، ويقضى عليه بتقطيعها.
وقاله ابن العطار، ونحوه في الواضحة وكتاب الجدار، وبه القضاء.
وقال ابن عبد الحكم: لا تقطَّع، ولا يجبر رب الدين على دفعها، بل يجبر على أن يكتب له براءة في الموضع الذي فيه الشهود عليه، أو غيره.
ونحوه في وثائق ابن الهندي؛ لأنه سبب لوجوب اليمين عليه إن ادعى عليه بعد ذلك دعوى كاذبة.
وفي أحكام ابن سهل - في امرأة قامت بصداق لم تثبته، فحلف الزوج ودعي إلى قطعه، وأرادت الزوجة حبس الصداق بيدها - فأفتى ابن لبابة بتقطيعه؛ لأنه سقط عنه بيمينه لما ادعى عليه بما فيه، وإذا سقط عنه فليقطع، ولا ترد المرأة إلى هذا الرجل حتى يثبت عقد النكاح عليها بالبينة.
المشدالي: انظر ابن سهل في ترجمة الصدقات والكوالىء.
ثم قال برهان الدين: إذا دفع إلى المطلقة أو المتوفى عنها كالئها فليس عليها أن تدفع كتاب صداقها إلى زوجها، ولا إلى ورثته؛ لما في حبس صداقها من المنفعة لها بسبب الشروط التي لها فيه - إن كانت - ولأجل لحوق النسب أو الحمل - إن جُهِل - بعد موته وفي حياته، إلا أن تتطوع بدفعه. هذا القول المشهور المعمول به.
وقال أصبغ - في الواضحة - لأن به ثبت نكاحها، وبه تأخذ ميراثها، وتدفع بعد اليوم من دافعها عما ورثت.
أما لو أقامت بباقي المهر في غير كتاب نكاحها فأخذته به فإنه يؤخذ منها ويقطع عن الورثة، وإن أخذت به أرضاً أو عقاراً من عقاره لم يؤخذ ذلك منها؛ لأن به تدفع اليوم مَن دافعها عن ذلك، وما يشبهه مما يلتمس التوثق به، وعلى الورثة أن يستوثقوا لأنفسهم بالإشهاد وذكر الكتاب الذي بيدها.
قال ابن حبيب: وبه أقول، وهذا أحب ما فيه إليَّ.
وقيل: لا بد من أخذه وقطعِه، ورواه ابن حبيب عن مطرف - فيمن مات وقامت امرأته بكتاب مهره فأخذت به باقيه، فأراد الورثة تقطيعه -: أن لهم ذلك، وإن قالت به أدفع بعد اليوم من دافعني عما أخذت. وقال في الاستغناء: إن لم يبن بها، وأقرت أنه

ويقوم منه أيضاً أنَّ الأجرة على وثيقة الاقتضاء عليهما معاً، أما الغريم فلأنه يبرئ ذمته، وأما الطالب فلحق في دعوى السلف.

ابن رشد: وأما لو ادعى أنه دفعه إليه ليدفع إليه حقه فلم يفعل؛ ففي كون القول قول المطلوب أو الطالب قولان[1].

قلتُ: سئل ابن عبد السلام عمن كان عليه حقٌّ بِصَكٍّ، وتنازع المديان ورب الدين في تقطيعه أو تبطيله وبقائه عند ربه، فما الذي عليه العمل من القولين؟

قال: الذي عليه العمل عندنا تبطيله لا تقطيعه مخافةَ لو قطعناه أن يسأل المديانُ ربَّ الدين هل قبض شيئاً؟ أم لا؟

فإن قال: قبضتُ، ولكن من دين كان لي عليك؛ لم يقبل منه.

وإن قال: لم أقبض؛ حلف يميناً غموساً.

ابن سهل: عن مطرف: لو قامت امرأة على تركة زوجها بطلب مهرها مكتوباً في صَكٍّ نكاحها فقبضته، فلو ورثه الزوج أخذ العقد وقطعه.

وقال أصبغ: لا يؤخذ منها، ولو كان مهرها في غير صَكٍّ عقد نكاحها فأخذته؛ أخذ منها، وقطع إن كان المأخوذ هذا.

وإن أخذت به عرضاً أو عقاراً؛ لم يؤخذ منها، وعلى الورثة أن يستوثقوا لأنفسهم بالإشهاد.

ابن عبد الحكم: من عليه دين بصك فقضاه، وأراد أخذ الصكِّ، وأبا

=

لم يمسها فإن الصداق يقطع.

(1) انظر: البيان والتحصيل: 10/354.

الطالب؛ لم يُجبَر على إعطائه، ويجبر على أن يكتب له براءةً كتاباً في الموضع الذي فيه المشهود عليه، أو غيره[1].



(1) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 198.



كتاب التفليس

كتاب التفليس

قال مالك: وما دام قائم الوجه فإقراره جائز[1].

قوله: (قال مالك: وما دام قائم الوجه...) المسألة.

ابن هشام: ولو وهب أو تصدق، وعليه ديون لا يدري هل يفي مالُه بها أم لا؛ جاز حتى يعلم أنَّ ما عليه من الدين يستغرق ماله.

قال ابن زرب: واحتُجَّ عليه بما في سماع عيسى من الرضاع - فيمن دفع لمطلقته[2] نفقة سنة، ثم فلس بعد ستة أشهر -: إن كان يوم دفع النفقة قائم الوجه، ولم يظهر في فعله سرف ولا محاباة؛ فذلك جائز.

ابن رشد: يريد بقوله: (قائمَ الوجه) جائزَ الأمر، أن يكون المفلس مأموناً عليه مع كثرة ما عليه من الديون، ولا يتحقق أنها مغترقة لجميع ماله.

فيقوم من قوله هذا: أنَّ من وهب أو تصدق أو حبس وهو غريم لقوم بديون كثيرة؛ إلا أنه قائم الوجه غير مخوف عليه الفلس، أن أفعاله جائزة غير مردودة، وإن لم يحضر الشهود قدر ما معه من المال، وما معه من الديون.

وبهذا كان يفتي ابن زرب، ويستدل بهذه الرواية، ويقول: "لا يخلو أحد أن يكون عليه دين".

وقوله صحيحٌ، واستدلالُهُ حسَنٌ.

---

(1) التهذيب للبراذعي: 3/638.

(2) في (ش): (المطلقة).

وأما إذا علم أنَّ ما عليه من الديون يستغرق ما بيده من المال؛ فلا تجوز له هبة ولا عتق ولا عطية ولا شيء من المعروف.

ويجوز له أن يتزوج منه، وينفق على ولده الذين تلزمه نفقتهم، ويؤدي منه ما لزمه من عقل جرح خطإٍ أو عمدٍ لا مظاهر فيه.

ولا يجب عليه أن يؤدي عن جرح يجب عليه فيه قصاص.

هذا معنى قول مالك في المدونة وغيرها، وبه يقول ابن القاسم(1).

قلتُ: وفي سماع أصبغ من المديان ما نصه: إذا كان الرجل قائمَ الوجه يبيع ويشتري، ويتصرف في ماله؛ فحمالته وهبته وصدقته ماضيةٌ، ولو كان عُلِم أن عليه ديوناً كثيرة؛ فهي على الجواز، حتى يثبت أنه لا وفاء له بما فعل من المعروف(2).

قلتُ: وفي سماع أبي زيد - فيمن أحاط الدين بماله، أو بعضه، فيحتمل حمالة، وهو يعلم أنه سيعدم -: لا يسعه ذلك بينه وبين الله، وحمالته مردودة؛ لأنها معروف.

ابن رشد: معناه إذا كان البعض الباقي عن الدين لا يفي بما تحمل به، ولو كان يفي صحت حمالته(3).

قلتُ: وأُخِذَ من هنا، ومن نظائره أنَّ من عليه صلاة فرض لا يجوز له التنفل، وأن أصحاب المكوس لا يصح منهم عتق.

---

(1) البيان والتحصيل: 5/157-159.

(2) البيان والتحصيل: 10/510-511.

(3) البيان والتحصيل: 11/369.

قلتُ: وفي أحكام ابن سهل [56/ب] - فيمن باع داراً بمحاباة، ثم ثبت عليه دين من قَبَالة أحباس - قال ابن العطار وغيره: إن كان الدين قبل البيع؛ فالدين أولى بالمحاباة، وإن كان بعد البيع؛ فالمبتاع أولى بالمحاباة، ويحلف ما كان توليجاً، وإن كانت الدار لم تخرج من يد البائع؛ فالدين أولى، ولو كان بعد البيع.

وقال يحيى بن واقد: إن أثبت صاحب الحبس المحاباة في الدار؛ فالبيع مردودٌ، والدين أحق بالزائد؛ لأن هبة المديان لا تصح[1].

قيل: وإذا حبسه أهل دينه فأقرّ في الحبس بدين لرجل آخر أيجوز إقراره؟ قال: إذا صنعوا به هذا ورفعوه إلى السلطان حتى حبسوه، فهذا وجه التفليس، فلا يجوز إقراره إلا ببينة[2].

قوله: (**قيل: إذا حبسه أهل دينه...**) المسألة.

(**قلت**): اختصرها لوجهين:

أحدهما: إشكالٌ في الحكم اشتمل عليه الجواب، وبيانه يتضح بتقرير الحكم في المسألة.

قال ابن الحاجب: "ويقبل إقراره في المجلس أو عن قرب، ثم لا يقبل إلا ببينة"[3].

ابن عبد السلام: ظاهر كلامه أنه لا فرق في الدين الذي فلس بسببه أن

(1) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 525.

(2) التهذيب للبراذعي: 3/638.

(3) الجامع بين الأمهات، لابن الحاجب: 1/574.

يكون ثابتاً ببينة له أو بإقراره.

وقد نص ابن المواز عليه.

وحملوا المدونة أنَّ هذا مخصوص بما إذا كان الدين الذي فلس بسببه ثابتاً بإقراره، وأما إن كان ببينة، فلا يقبل إقراره قرُب أو بعُد، إذا ثبت هذا؛ فظاهر السؤال سواءً كان بإقراره أو ببينة[1].

وقال في الجواب: إذا فعلوا به هذا لم يقبل إقراره، ظاهره: سواء كان بالقرب أو بالبعد.

وظاهره: كان الدين الذي فلس فيه بإقراره أو ببينة.

فهذا الجواب على ما قررنا عن ابن عبد السلام إنما يصح على عمومه إذا كان الدين الذي فلس بسببه ثابتاً ببينة، وأما بإقراره فيقبل في المجلس أو عن قُرب، فقد اتضح بهذا التقرير إشكال الحكم في[2] الجواب.

الوجه الثاني: عدم مطابقة الجواب؛ لأنهم سألوا عن إقرار كائن في المجلس، فأجاب ببطلان إقراره عموماً، فهذا وإن كان جواباً أحروياً باللزوم[3] فقد فُقدت المطابقة.

ووجهٌ آخر؛ وهو إجمال الجواب في قوله: **(فهذا وجه التفليس)**، يحتمل أن يكون المعنى: فهذا حقيقة التفليس، فتكون على هذا حقيقة التفليس مركبة من أمرين.

---

(1) انظر كلام ابن عبد السلام في: التوضيح شرح جامع الأمهات، خليل: 6/172.

(2) قوله: (في) ساقط من (ش).

(3) في (ش): (للزوم).

ويحتمل: أن يكون المعنى[1] فهذا وجه التفليس، أي: شأن التفليس في[2] سببه الذي تبنى الأحكام عليه.

وقول ابن رشد: "وحدُّ التفليسِ المانعِ قبولَ إقرارِهِ قيامُ غرمائه عليه، أو قيامهم فيستتر عنهم"[3] ظاهره: خلافُ المدونة على الوجه الأول.

المتيطي: الفَلَسُ عدم المال، والتفليس خلع الرجل من ماله لغرمائه.

وله انتزاع مال عبده المعتق إلى سنين ما لم يتقارب الأجل، قيل له: فإن بقيت سنة؟ قال أرى أن يأخذ ماله ما لم يتقارب، ولم يَرَ السنة قُرباً[4].

قوله: **(قيل له)**.

اختصرها: لعدم الجواب؛ لأن قوله:**(لم ير السَّنَة قريباً)** ليس بجواب حقيقي يفيد تعيُّنَ أن ما زاد عليها حداً محدوداً.



(1) قوله: (فهذا حقيقة التفليس، فتكون على هذا حقيقة... المعنى) ساقط من (ع).

(2) في (ع): (أي).

(3) انظر: المقدمات الممهدات، لابن رشد: 2/36.

(4) التهذيب للبراذعي: 3/644.



كتاب المأذون له



كتاب المأذون له

قال شيخنا أبو عبد الله: يطلق المأذون بإزاء معنيَين:

أحدهما: مفهومه اللَّقبي - الذي هو ترجمة في سائر الكتب - فالمأذون له بهذا المعنى يشمل العبد والسفيه، وكل من عليه حجْرٌ؛ لصحة الإذن لهم في بعض الأحوال فتصح أفعالهم.

والثاني: مفهومه الاصطلاحي - أعني في اصطلاح الفقهاء - فهو بهذا المعنى خاصٌّ بالعبد الذي أُذن له في التجارة.

وهنا سؤال؛ وهو أن يقال: الإذن يتقرر بما دلَّ عليه، فلو قال: "أنت مأذون لك"؛ صحَّ، كـ "أنت وصيٌّ".

ولو قال: "أنت وكيلي"؛ لم يصح حتى يبين المتعلق.

ولم يذكر شيخنا أبو عبد الله فرقاً، وجزم بأنه يكون مأذوناً له بقوله: "أنت مأذون لي"[1].

---

(1) المشدالي: قيل: الفرق بين صحة الوصية المطلقة وعدمها في الوكالة المطلقة؛ هو أن اليتيم لما كان مفتقراً إلى من ينوب عنه في كل شيء، فإذا أطلق والده الوصية عليه كان ذلك قرينةً في تفويض الأمر إلى الوصي في جميع أموره من غير استثناء شيء، ولا كذلك الموكل، فإنه قادر على التصرف فيما وكَّلَ فيه، ولا بد له أن يبقي لنفسه شيئاً يستبدُّ به على ما جرت به العادة في ذلك، فافتقرت الوكالة من أجل ذلك إلى التقييد بالتفويض، أو بأمر خاصٍّ، والله أعلم.
انظر التوضيح في الوكالة.

ومن خلّى بين عبده وبين التجارة؛ اتجر فيما شاء، ولزم ذمته ما داين به الناس من جميع أنواع التجارات؛ لأنه أقعده للناس، إذ لا يدري الناس لأي أنواع التجارات أقعده[1].

قوله: **(من خلى بين عبده وبين التجارة...)** المسألة.

قلتُ: هنا إشكال؛ وهو عدم مطابقة التعليل للمعلَّل، فإن الألف واللام إن كانت للعموم أو الحقيقة المشتركة بين المتاجر فهي مأذون فيها، والإذن في الأعمِّ إذنٌ في الأخص، فلا يصح قوله: **(إذ لا يدري الناس)**؛ فإنه ظاهرٌ أنَّ سبب التعميم في اللزوم كونُ الإذن تعلَّقَ بنوع من أنواع التجر مبهمٌ، لا أنه تعلق بالجميع، أو بالقدر المشترك بينها.

وإذا أخَّر المأذون غريماً له بدين، أو حطه عنه نظراً واستيلافاً؛ جاز، ولا يجوز على غير ذلك كالوكيل المفوض، وأما الوكيل المخصوص على بيع سلعة يضع من ثمنها بعد البيع؛ فلا يلزم ذلك ربها[2].

قوله: **(لا يجوز على غير ذلك كالوكيل)**.

قلتُ: سئل ابن رشد عن المكترين للحوانيت إذا قلَّت التجارة لضَعف الناس في مثل هذا العام، هل هي جائحةٌ تَحُطُّ عنهم من الكراء بقدر ما نقصهم من التجر؟

وكيف إن كانت الحوانيت للأحباس؟ هل حكمها حكم غير المحبَّسة

---

(1) التهذيب: 4/5.

(2) التهذيب: 4/5.

سواء؟ أم لا؟

الجواب: ليس قِلَّة التجر في الحوانيت المكتراة من ضعف الحال بجائحة يكون للمكتري القيام بها؛ سواء كانت الحوانيت للأحباس أو غيرها.

وإن رأى القاضي في حوانيت الأحباس أن يحط عن المكترين من الكراء ما شكوه على سبيل الاستيلاف[1] جاز ذلك، كما يجوز للوكيل المفوض إليه أن يحط من أثمان ما باع على موكله على هذا الوجه[2].

وما استدان العبد، ولم يؤذن له في التجارة؛ فلا يتبع بشيء من ذلك إلا أن يعتق يوماً ما، فيتبع بذلك في ذمته، إلا أن يفسخه عنه سيده أو السلطان؛ لأن ذلك يعيبه[3].

قوله: (والسلطان).

ابن عبد السلام: انظر معنى قولهم: "إن السلطان يسقطه"!

والظاهر أنه يطلب للسيد ذلك منه؛ لأن السلطان يتولى إسقاطه من غير طلب[4].

قلتُ: وقال المغاربة: يريد إذا كان السيد غائباً، أو في حكم الغائب؛ كالسفيه، وأما البالغ الرشيد الحاضر؛ فلا كلام للسلطان معه.

قال شيخنا: فَـ(أو) على هذا للتفصيل.

---

(1) في (ش): (الاستلاف).

(2) انظر: مسائل ابن رشد: 1/400.

(3) التهذيب: 4/6.

(4) انظر قول ابن عبد السلام في: التوضيح، لخليل: 3/599.

وللسيد رد ما وهب العبد والمكاتب والمدبر وأم الولد لو تصدقوا به، وإن استهلك ذلك من أخذه غرم القيمة لهم، إلا أن يكون ذلك من السيد انتزاعاً من غير المكاتب، فيقبض هو القيمة، ولو رده ولم ينتزعه وأقره لهم ثم مات السيد أو فلس فذلك لهم، ولو أعتقهم تبعهم ذلك. ولو كان إذ رده استثناه لنفسه كان ذلك له، إلا في المكاتب فإنه للمكاتب إذ لا ينتزع ماله، أو يكون إنما رده في مرضه، فإنّ رده جائز، ولكن يبقى ذلك للمدبر وأم الولد، ولا ينتزعه إذ لا ينتزع أموالهما في المرض ومن استتجر عبده بمال دفعه إليه، فلحق العبد دين؛ كان دينه فيما دفع إليه سيده، وفي مال العبد، ويكون بقية الدين في ذمة العبد، لا في رقبته، ولا يكون في ذمة السيد من ذلك الدين شيء[1].

قوله: (ومن دفع مالاً إلى عبده...) المسألة.

ابن عبد السلام: وجه دفع السيد هذا المال للعبد مشكِلٌ.

تقرير الإشكال أن يقال: لا جائز أن يكون هبة، إذ لو كان هبة؛ لجاز التسري له فيه، وقد نص اللخميُّ على منعه، ولا جائز أن يكون دَيناً له؛ لأنه لو كان ديناً لحاصَّ السيد به غرماء العبد، والمذهب عدمه، ولا جائزٌ أن يكون قراضاً؛ إذ لو كان كذلك؛ لما تعلق به الدين.

واختار ابن عرفة أن يكون هبةَ منافع، لا هبةً لأصل المنافع، ويتعلق الدين به من مطلق إذن السيد له في التجر، ومعاملة الناس له عليه.

قلتُ: قال بعض المشارقة: هذا المال الذي دفعه بمنزلة القراض على أن

(1) التهذيب: 4/7.

الربح للعبد، وقد التزم السيد أن تكون الديون فيه، وكأنه ملَّكه العبد؛ فلذا لا يضرِب السيد به مع الغرماء، كما لا يضرِب بمال القراض.

وما وُهِب للمأذون، وقد اغترقه دين، فغرماؤه أحق به من سيده، والسيد أحقُّ بكسبه وعمل يده، وأرش جراحه وقيمته إن قُتل، وإن خارجه سيده؛ لم يكن للغرماء من عمل يده شيء، ولا من خراجه، ولا مما يبقى في يد العبد بعد خراجه؛ وإنما يكون لهم ذلك في مال إن وُهب للعبد، أو تصدق به عليه، أو أوصى به فقبله العبد، فإن أعتق العبد يوماً ما؛ بقي الدين في ذمته[1].

قوله: **(وما وهب للمأذون...)** المسألة.

وفي كلام ابن رشد هنا نظرٌ.

قال ما نصُّه[2]: وقول ابن القاسم في المدونة: **(إن ما لزم ذمة العبد لا يكون فيما يبقى في يده بعد خراجه، وإنما يكون فيما وُهِب له أو تُصدق به عليه، أو أوصي له به فقبله)**؛ معناه عندي: في العبد الذي لم يؤذن له في التجارة، وفيما لزم مما ليس [57/أ] لسيده أن يسقطه عنها؛ لأن ما لسيده أن يسقطه عن ذمته لا يؤخذ مما وهب له، أو تصدق به عليه، إلا بإذنه، فإن لم يسقط ذلك عن ذمته حتى عتق اتبع به ديناً بعد العتق، والمأذون له في التجارة يكون ما لزم ذمته فيما بقي في يده من عمله بعد خراجه إن كان سيده استعمله بخراج معلوم يؤديه إليه، فقِفْ على الفرق في هذا بين المأذون له في التجارة وغير المأذون له.

---

(1) التهذيب: 7/4 و 8.

(2) هٰهنا يبدأ سقط من (ع).

وعلى الفرق في غير المأذون له في التجارة بين أن يكون ما لزم ذمته مما للسيد أن يسقط ذلك عليه، أو مما ليس له أن يسقط ذلك عنه. اهـ[1].

فقِفْ على كلام ابن رشد هذا وتدبره؛ فإنه مخالف للمدونة وغيرها؛ فإنه صرَّح أن غير المأذون له يُتصور في حقه دين لا يسقطه السيد.

واللفظ الذي قيَّدَه في المدونة وقع في غير هذا الموضع[2].

والعرب لها غرض في الإبهام كما لها غرض في البيان[3].

ولم نغادر ذلك الموضع.

قلتُ: ويتقرر تصور ذلك بما ذكره أبو حفص العطار في ذلك الموضع الذي لم نغادره، وبما صرح به ابن رشد في رسم **(إنْ خرجتِ)** من سماع عيسى[4]، ونصُّه:

سئل ابن القاسم عن رجلٍ اشترى هو وغلامه سلعةً من رجل إلى أجل،

---

(1) البيان والتحصيل: 11/297-298.

(2) المشدالي: لفظ المدونة الذي قيَّده ابن رشد فهو قوله في كتاب النكاح الأول: (وكل ما لزم ذمة العبد فلا يأخذه الغرماء من خراجه وعمل يده...) إلى آخر المسألة.

(3) المشدالي: قوله: (والعرب لها غرض في الإبهام...) إلى آخره؛ صحيح على الجملة، لكن الذي ينبغي في مثل هذا المقام إنما هو الإيضاح والإفهام دون التعمية والإبهام؛ إذ المقصود هو التقريب والتسهيل والإعانة على الفهم والتحصيل.

ولقد أحسن أبو القاسم الشاطبي في مخاطبته للحصري حيث قال:

ومن يَعْنِ وجهَ الله بالعلم فليُعَنْ عليه ومن عنَّى به خانه الجد

والله الموفق للصواب برحمته.

(4) المشدالي: مسألة العتبية هذه وقعت في السماع المذكور من كتاب الحمالة.

وكتب عليهما جميعاً صكَّه، ويعطهما حميل ببعض، فباع الرجل العبد قبل الأجل.

هل يكون على السيد أن يدخل له حميلاً مكان العبد؟

أو هل يحل عليه هذا الحق حين باع العبد؟

قال: ليس عليه شيءٌ حتى يحل الأجل، وليس عليه أن يدخل حميلاً آخر للعبد، وهو يتبع العبد حيث كان، فإن رضي المشتري أن يحبسه بما عليه من الحمالة كان له البيع، وإلا رده، إلا أن يشاء بائع العبد أن يخرجه من ذلك العيب بالقضاء عنه، فيلزم المشتري البيع وذلك إذا لم يعلمه.

ابن رشد: لم ير أن يحل عليه بيع العبد قبل الأجل ما تحمَّل به العبد عنه إلى الأجل، ولا أن يقيم له حميلاً سواه.

وهو كما قال؛ لأن حمالة العبد عن سيده لا تبطل بيعه إياه؛ لأنه إن بيَّن ذلك للمشتري لزمه.

وإن لم يبيِّن له؛ كان مخيراً بين أن يمسكنه بما عليه من الحمالة، وبين أن يرده.

وفي إجازة بيعه إياه نظر؛ لأنه بنفس البيع يكون منتزع المال.

والعبد المأذون له في التجارة؛ إذا كان عليه دين ليس لسيده انتزاع ماله؛ لأن انتزاعه إياه يبطل الدين الذي في ذمته.

فمعنى المسألة عندي أن العبد محجورٌ عليه؛ لأن ما لزم ذمة العبد المحجور عليه من الدين الذي لا يجوز للسيد أن يسقط ذلك عن ذمته؛ كنحو هذا الدين الذي علم به، فأمضاه لا يكون إلا فيما وهب له، أو تصدق به عليه،

فيكون لسيده انتزاع ما سواه من ماله[1]. اهـ.

قلتُ: وقد تفطَّن ابن عرفة لهذا، فقال في مختصره ما نصُّه: ما لزم ذمته وليس لسيده إسقاطه هو ما في سماع عيسى؛ أن يستدين بإذن سيده دون إذن له في التجر[2].

قوله: **(والسيد أحق بكسبه)**، مع قوله في المال: **(إن وهب للعبد أو تصدق به...)** المسألة.

قلتُ لشيخنا أبي عبد الله: هٰهنا سؤال تقريره أن يقال: متعلق دين الغرماء؛ إما أن يكون بكل ما صدق عليه مسمى مال للعبد، فيلزم تعلق الدين بكسبه.

وإما أن يكون بما خرج من يد السيد للعبد، فيلزم أن لا يتعلق بما وهب له، أو تصدق به عليه.

وصوَّب هذا التقرير ولم يذكر عنه جواباً[3].

---

(1) انظر: البيان والتحصيل: 11/322، 323.

(2) انظر: البيان والتحصيل: 11/297.

(3) المشدالي: قد يجاب بأنا لا نسلّم الحصر، ونختار قسماً ثالثاً، وهو أن يكون متعلقاً بماله الذي لا يكون عوضاً عن عمله، فإن ذلك لسيده ولا حق للغرماء فيه، وأما ما وهب له أو تُصدِّق به عليه فليس عوضاً عن عمله، فلا حق للسيد فيه، فصح تعلق الدين به، ولك أن تقرره على وجه آخر، بأن تقول: نختار الأول؛ وهو قوله: "فيلزم تعلق الدين بكسبه".

قلنا: لا نسلم لزوم ذلك؛ لتعلق حق السيد به ضرورةَ أنه عوض عن منافعه المملوكة لسيده، فكان ذلك دافعاً لتعلق حق الغرماء به، ولا كذلك الهبات والصدقات. والله أعلم.

قوله: **(فقبِلَه العبد).**

هذا دليلٌ أن القبول للعبد لا للسيد، وأنه لا يُكرهه على القبول.

وانظر قوله في الهبات: **(فأخذها منه السيد...)** المسألة[1].

ظاهره: ولو لم يقبلها العبد.

فيؤخذ منه أنَّ السيد يجبره على القبول[2].

وفي سماع سحنون - في العبد يتصدق عليه فيأبى أن يقبلها -؛ أن لسيده أن يأخذ ذلك، وإن أبى الذي تصدق بها، وقال: إنما أردت العبد فإذا لم يقبلها فلا أعطيك.

ابن رشد: هذا كما قال، وهو مما لا اختلاف فيه أَحفظُه؛ لأن العبد لو قبِل الصدقة كان لسيِّده أن ينتزعها منه، فهو أحق بقبول[3] ما تصدق به على

---

(1) انظر: تهذيب البراذعي: 4/364.

(2) المشدالي: أشار إلى قوله: (ومن وهب لعبد هبةً فأخذها منه سيده؛ قضي على العبد بقيمتها من ماله).

وقال ابن عرفة في كتاب الحجر: مقتضى قول وصاياها: (من أوصى لعبد ابنه، ولا وارث له غيره؛ جاز، ولا ينتزع ذلك الابن منه)؛ أن العبد يستقلُّ بالقبول.

قال: وقد يؤخذ من أخذ الأشياخ من رواية ابن نافع في النكاح الثاني جبرَ السيد عبده على قبوله الهبةِ عدمُ استقلاله بالقبول.

ومثل رواية ابن نافع في سماع سحنون.

والأول هو ظاهر في المأذون منها؛ لأن قوله: (فقبله) ظاهرٌ في استقلاله بالقبول، ولذا جعله بعضهم خلافَ ما في النكاح الثاني.

(3) المشدالي: هذا هو الذي أشار إليه ابن عرفة أنه في سماع سحنون، وأنه مثل رواية ابن نافع.

العبد. اهـ(1).

قلتُ: لم يتكلم ابن رشد على الجزء الأخير، وهو ما احتج به المتصدق من قصده العبد.

والصواب(2): عدم إلغائه مطلقاً.

فيقال: إن ظهرت قرينةٌ تكون مقصودةً؛ ككونه أراد توسعة العبد بها ونحوه؛ لم يكن للسيد، وإلا فلا.

والدليل على هذا المعنى مراعى ما في المدونة وغيرها في صحة التحجير أن لا يبيع ولا يهب في الهبة للسفيه والصغير ما داما موصوفَين بهذين الوصفين.

وما في سماع عيسى من رسم (باعَ شاةً) فيمن قال: اشتروا عبد فلان بستين ديناراً فأعتقوه وأعطوا العبد عشرين، فقال سيده: لا أبيعه إلا بثمانين، فقال العبد: اجعلوا العشرين التي أوصى لي بها في ثمني واشتروني.

قال ابن القاسم: لا يعجبني أن تزاد العشرون؛ لأنَّ سيدَه لم يُرِد أن تكون في ثمنه، ولعله إنما أراد أن يعالج ولا يكون عديماً يسأل الناس، فإن وقع مضى عتقه.

ابن رشد: لو لم يقبل العبد عشرين لرُدَّت للورثة(3).

قلت: وهٰهنا بحث لطيفٌ لا يَتفطَّنُ له إلا الماهر في الفقه، وهو أن يقال:

---

(1) البيان والتحصيل: 14/54.

(2) هٰهنا انتهى السقط من (ع).

(3) البيان والتحصيل: 13/175-176.

كيف يصح أن يتوقف[1] قول ابن رشد: "فهو أحق بقبول ما تصدق به على العبد" على ما قبله؟

قلت: تقريره أن يقال: لما لم يشترط رضى العبد في الانتزاع لم يشترط في القبول.

بيان الملازمة أن القبول مملوك للعبد، وكل مملوك للعبد فالسيد أحق به، فالقبول أحق به.

وانظر - على هذا - لو ردها السيِّدُ وقَبِلها العبد![2]

ولقائل أن يقول: صدق كل مملوك للعبد، فـ(**السيد أحقُّ به**) منقوضٌ بالطلاق[3].

---

(1) في (ش): (يترتب).

(2) المشدالي: الذي يقتضيه تقريرُ ابن عرفة أخذُ عدم الاستقلال بالقبول من أخذ الأشياخ من النكاح الثاني جبرَ العبد على القبول أنَّ رد السيد نافذ؛ لأنه قال: لو استقلَّ العبد بالقبول استقلَّ بالرد، وكل ما استقل به لم يصح جبرُه عليه.
بيان الصغرى أن الاستقلال بالقبول موجب للاستقلال بالرد، أصله المفلس لما استقل بقبول الهبة استقل بردها ولو كره غرماؤه، عكْسُه الصبيُّ لما لم يستقل بقبول الهبة عن وليه لم يستقل بردها.
وصِدْقُ الكبرى واضحٌ، ينتج لو استقل بالقبول لم يصح جبره، واللازم باطل بأخذ الأشياخ نقيضَه من النكاح الثاني، فيثبت نقيض الملزوم؛ وهو عدم استقلاله، وهو المدعى.

(3) المشدالي: يريد: فتكون الكبرى جزئية، وهو من الشكل الأول، فلا يكون القياس منتجاً؛ لفقد شرط الإنتاج، وهو كلية الكبرى.



كتاب الحمالة



كتاب الحمالة

وأما إن تكفل برجل أو بنفسه، أو بعينه أو بوجهه إلى أجل، ولم يذكر مالاً، فإنه إذا أتى بالرجل عند الأجل مليّاً أو معدماً برئ، فإن لم يأت به حينئذ، والغريم حاضر أو غائب، قريب الغيبة مثل اليوم وشبهه؛ تلوّم السلطان للحميل، فإن أتى به بعد التلوم؛ فلا شيء عليه وإلا غرم[1].

قوله: **(مثل اليوم وشبهه).**

ابن رشد في سماع يحيى: قوله في هذه الرواية أن الحميل بالوجه إذا غاب المتحمل عنه وحل الأجل أن [57/ب] السلطان يؤجله في طلب صاحبه اليوم واليومين والثلاثة، خلاف ما في المدونة من أنه يؤجله اليوم ونحوه[2].

قلت: الصواب أنه ليس بخلاف، وهو ظاهر كلامه في رسم **(الجواب)** من سماع عيسى[3].

وإذا مات الغريم؛ برئ حميل الوجه؛ لأن النفس المكفولة قد ذهبت[4].

قوله: **(إذا مات الغريم برئ حميل الوجه).**

قال بعضهم: يريد: أو ما يقوم مقام الموت؛ وهو فلسه أو ثبوت أنه عديم؛

---

(1) التهذيب: 13/4.

(2) البيان والتحصيل: 11/339-340.

(3) البيان والتحصيل: 11/330-332.

(4) التهذيب: 14/4.

إذ لا فائدة في إحضاره.

ومن قال: لي على فلان ألف درهم، فقال له رجل: أنا بها كفيل، فأتى فلان فأنكرها؛ لم يلزم الكفيل شيءٌ حتى يثبت ذلك ببينة[1].

قوله: **(حتى يثبت ذلك ببينة).**

ابن رشد: إذا قال الرجل: أنا كفيل لفلان بمائة دينار له على فلان، وفلان منكر؛ لزمه غُرْمُ المائة.

وقيل: لا. وقيل: يلزمه إذا كان معدَماً.

وإذا قال الرجل: لي على فلان مائة، فقال له رجل: أنا لك بها كفيل، لم يلزمه غُرمَها بالكفالة إلا أن يقر بها المطلوب؛ قولاً واحداً.

وإذا قال الرجل: لي على فلان حق، فقال له رجل: أنا لك به كفيل، فقال المطلوب له عليَّ مائة، لم يلزم الكفيل غُرْمُ المائة بالكفالة، إلا أن تثبت المائة على المطلوب بالبينة؛ قولاً واحداً، بمنزلة من قال لرجل: أنا ضامن لما بايعت به فلاناً[2].

---

(1) التهذيب: 4/15.

(2) انظر: البيان والتحصيل: 9/428.

وزاد المشدالي بعده: فحاصله أربع صور:

- الأولى؛ قوله: أنا كفيل بمئة لك على فلان وفلان منكر ففيها ثلاثة أقوال، وهي واضحة من كلامه.
- والثانية؛ قوله: لي على فلان مئة، فيقول له رجل: أنا لك بها كفيل، لم يلزمه إلا بإقراره اتفاقاً.
- والثالثة؛ إذا قال له: لي على فلان حق، فقال له رجل: أنا لك به كفيل، فقال =

ومن أدى عن رجل ديناً عليه بغير أمره؛ فله أن يرجع به عليه، وكذلك من تكفل عن صبي بحق؛ قضي به عليه، فإن أداه عنه بغير أمر وليه؛ فله أن يرجع في مال الصبي، وكذلك لو أدى عنه؛ ما لزمه من متاع كسره أو أفسده أو اختلسه؛ لأن ما فعل الصبي من ذلك يلزمه[1].

قوله: (**ومن أدَّى عن رجل ديناً عليه...**) المسألة.

فمن ذلك مَن دخل دار الحرب تاجراً، فيشتري أسيراً بغير إذنه، فيخرج به من أرض العدو؛ أنَّ ذلك لازمٌ للأسير، وليس من حجة الأسير[2] أن يقول له[3]: لا ينبغي لك أن تشترِيَني وتخرجني.

ومن ذلك: مَنْ وجد ميتاً فكفَّنه بغير أمر الورثة؛ رجع عليهم، وليس لهم أن يقولوا: ليس لك أن تكفِّن مَيِّتَنَا.

قوله: (**لأن ما فعل الصبي من ذلك يلزمه**).

المتيطي: والذي يلزم الصبي الصغير والسفيه مما تقوم به البينة عليهما، هو كل ما كان منهما على العِداء؛ كاستهلاك الشيء، أو غصبه، أو اختلاسه، وانتهابه، وكالجراح، والقتل؛ عمداً أو خطأً.

وأمَّا ما كان من ذلك على الطَّوْع والمناولة، والإباحة من القائم الطالب له

=

المطلوب: له علي مئة؛ لم يلزمه إلا بقيام البينة اتفاقا.

- والرابعة مثلها؛ وهي قوله: أنا ضامن لما بايعت به فلاناً.

انظر البيان قُرْبَ آخر أول رسمٍ من سماع ابن القاسم من الشهادات.

(1) التهذيب: 4/15-16.

(2) قوله: (وليس من حجة الأسير) ساقط من (ع).

(3) قوله: (له) ساقط من (ش).

كالبيع والسلف والبيع، والمعاوضة وما يدخل في هذه الأشياء، فلا يلزم الصبي شيء من ذلك، ولا يسمع فيه من البينة.

وكذلك السفيه، حاشى وجهاً واحداً من هذه الوجوه، وهو الذي يدفع له مالاً ليستخبر به رشده، فيلحقه فيه دين، ففيه خلافٌ.

ابن عبد السلام وغيره: ضابط المذهب فيما يضمنه الصبي مما لا يضمنه هو: أن ما أتلفه مما عومل عليه لم يضمنه اتفاقاً، وما لم يؤتمن عليه ضمنه اتفاقاً، واخْتُلف فيما اؤتمن عليه فأتلفه[1].

وإذا مات الكفيل قبل الأجل؛ فللطالب تعجيل الدين من تركته، ثم لا رجوع لورثته على الغريم حتى يحل الأجل، وله محاصة غرمائه أيضاً[2].

قوله: **(وإذا مات الكفيل)**.

لقائل أن يقول: الكفيل إمَّا أن يكون بدلاً من الغريم؛ فيلزم عدم تأجيل ما يؤخذ من تركته، فيأخذه الورثة من الغريم ولا ينتظر الأجل، أوْ لا؛ فيلزم أن لا يؤخذ من تركته.

قلت: ما ذكره ابن يونس هنا فيما أخذه أحد الشريكين أنه كالمقاسمة، فيجب أن لا تصح، يلزم على اعتبار صحة قسمة[3] الغاصب صحةَ هذه

---

(1) المشدالي: سئل أبو محمد عن صبيٍّ في رفقةٍ بيده مالٌ خافَ اللصوص، فدفعه لبعض أهل الرفقة ليحصنه، ثم زال الخوف فردَّه للصبي، قال: يضمن المال؛ لأنه رده لمن لا يجوز أن يعطاه، انظر وديعة جامع الأحكام.

(2) التهذيب: 17/4.

(3) قوله: (قسمة) ساقط من (ع).

أحرى؛ لأنه متعدٍّ.

أجيب بأنَّ فِعْل الغاصب يُثْبِت حكماً على غيره، وهو امتياز المغصوب عن غيره، وهنا يُثْبِت فعله حكماً لنفسه، فَجَعَل فعلَ نفسه[1] عدماً، فتدَبَّرْه.

وإن أشهد رجلٌ على نفسه أنه ضامنٌ بما قُضي لفلان على فلان، أو قال: أنا كفيل لفلان بماله على فلان، وهما حاضران أو غائبان، أو أحدهما غائب؛ لزمه ما أوجب على نفسه من الكفالة والضمان؛ لأن ذلك معروف، والمعروف من أوجبه على نفسه لزمه[2].

قوله: **(من التزم معروفاً لزمه).**

قلتُ: يؤخذ منه أنَّ من التزم عدم الرجوع في الوصية أنه يلزمه؛ لأن عدم الرجوع به يحصل المعروف، وقد التزمه فهو معروف آخَر فيلزمُه[3].

وفي نوازل أصبغ من الدعوى في رجل مات فقامت امرأته بصداقها على زوجها[4]، فأنكر وارثه، غير أنه أشهد نفراً، فقال: إن قامت على ما تذكر بينة عدلة، فهو في مالي، فشهد على الصداق شاهد عدل فقال: قد قلت: إن قامت بينة، والواحد ليس ببينة، وإنما أردت شاهدَين.

---

(1) قوله: (فعل نفسه) يقابله في (ع): (نفس فعله).

(2) التهذيب: 20/4.

(3) المشدالي: سيأتي الكلام إن شاء الله تعالى على تحقيق النقل في مسألة: من التزم أن لا يرجع في وصيته، في الوصايا الأول عند قوله في المدونة: (وللموصي أن يغير وصيته). فانظره هناك.

(4) المشدالي: قد قدَّمْتُ هذه المسألة بكمالها في كتاب الشهادات عند قوله: (وأتى ببينة)، فأغنى ذلك عن إعادتها هنا. والله أعلم.

قال: ذلك له، ويحلف ويبرأ حتى يقيم شاهدين.

ابن رشد: هذا كما قال؛ لأنه الظاهر من قوله؛ مع أنه لا يؤخذ أحد بأكثر مما يقر به على نفسه، فإذا حلف برئ، ولم يلزمه في مالي شيء، وحلفت هي مع شاهدها أن ما شهد به حق، وأنها ما قبضت ولا وهبت، وأنه باق عليه إلى حين يمينها، وتستوجب حقها في تركته[1].

ومن قال لرجل: بايع فلاناً أو داينه، فما بايعته به من شيء أو داينته به، فأنا له ضامن؛ لزمه ذلك إذا ثبت مبلغه. قال غيره: إنما يلزمه من ذلك ما كان يشبه أن يداين بمثله المحمول عنه ويبايع به[2].

قوله: (**قال غيره: إنما يلزمه...**) إلى آخره.

ابن رشد: قول الغير تفسيرٌ، لا اختلاف في ذلك عندي.

قلت: يؤخذ من تراجع الحملاء مسألة اللصوص، أنهم يتراجعون، وهو منصوص في سماع عيسى من الغصب.

قال مالك: لو أنَّ رجلاً أقر بغصب عبد لرجل، وأنه غصبه هو ورجلان سمَّاهما، وصَدَّقه صاحبُ العبد أنهم غصبوه ثلاثتُهُم.

قال: عليه غرم قيمته كله، ولم ينظر إلى من غصبه معه إلا أن يقروا كما أقر، أو تقوم عليهم بينة، فأما إذا لم يقروا أو لم تقم بينة عليهم؛ فهو ضامن لجميع العبد.

---

(1) قوله: (فأنكر وارثه غير أنه أشهد نفرا... في تركته) ساقط من (ش).

وانظر المسألة في: البيان والتحصيل: 14/223، 224.

(2) التهذيب: 4/20.

ولو أقر جميعهم أو قامت عليهم بينة، فوجد بعضَهم معدَمين وبعضَهم أملياء؛ فإنه يأخذ جميع قيمة العبد من المليء، ويطلب هو أصحابه.

ابن رشد: هذا لا إشكال فيه؛ لأن القوم إذا اجتمعوا في الغصب أو السرقة أو الحرابة؛ فكل واحد ضامن لجميع ما أخذوه[1]؛ لأن بعضهم قَوِيَ ببعضٍ، فهم كالقوم يجتمعون على قتل رجل[2].

قلت: ظاهر كلام ابن رشد أن حكم هذه المسألة متفق عليه؛ لقوله: "هذه المسألة لا إشكال فيها، ولا موضع للقول"، وليس كذلك[3].

وقد صرح بالخلاف ابنُ المناصف والمازري.

قال المازري في كتاب الإقرار في آخر الجواب العاشر ما نصُّه: ولو قال: غصبته ثوباً أنا ورجل سماه فإن ابن[4] عبد الحكم قال: "لا يلزمه إلا قيمة نصف الثوب"، بناء منه على مذهبه في اللصوص والغصَّاب إذا تشاركوا، أنَّ كلَّ إنسان منهم لا يطالب بما أخذه صاحبُه.

وأشار هو إلى هذا فقال: بعض أصحابنا يرى أن المشتركين في الغصب يضمن كل واحد منهم ما على صاحبه[5]. اهـ.

---

(1) في (ع): (أخذوا).

(2) البيان والتحصيل: 240/11.

(3) المشدالي: قال ابن رشد في سماع أبي زيد من السرقة: كلُّ واحد منهم ضامن لجميع ما سرقوه جميعاً ولا أعلم فيه خلافا.

(4) قوله: (ابن) ساقط من (ع).

(5) انظر: شرح التلقين، للمازرى: 70/2/3.

قلت: وما في الرسالة لأبي محمد واضحٌ[1].

وظاهر مسألة الستة حملاء في المدونة من بيع أو قرض، وأحسن ابن الحاجب في فرضها في البيع.

المتيطي عن ابن الهندي: إن كان السلف على جماعة لم يصلح[2] أن يعقد أن بعضهم حميل عن بعض؛ لأنه سلف جر نفعاً.

وقال ابن أبي زمنين: ذلك جائز إذا كان ما على كل واحد منهم من ذلك مثل ما على صاحبه، فإن اختلف ما عليهم في العدد أو الجنس لم تجز الحمالة، وإن كان أحدهم موسراً [58/أ] والآخر معسراً لم يجز.

قال: ومن أهل العلم من يرى أن الحمالة لا تلزم الذي عليه الحق إلا أن تكون بأمره، ولذلك يكتب كثير من الموثقين في عقودهم: تحمَّل فلان عن فلان بأمره ورضاه؛ ليسلم العقد من هذه العلة.

قال ابن القاسم: ومن تكفل عن رجل بألف درهم، فأخذ الكفيل من الغريم سلعة على أن يدفع عنه الألف، ثم أغرمها الطالب للغريم؛ فللغريم الرجوع بالألف على الكفيل؛ لأنه باعه السلعة بها[3].

---

(1) المشدالي: وفي النوادر: روى محمد إنْ تاب أحد المحاربين وقد أخذ كلٌّ واحد منهم نصيبَه من المال ضمن هذا التائب جميع المال.

المشدالي: وقال الباجي: قال ابن عبد الحكم: "لا نرى على كل واحد إلا ما أخذ". والله أعلم.

(2) في (ش): (يصح).

(3) التهذيب: 4/27.

قوله: (**فأخذ الكفيل من الغريم سلعةً على أن يدفع عنه الألف**).

قال ابن عرفة: ظاهرُه؛ كان الطالب حاضراً، أو غائباً، ويجب تقييدها عندي بحضوره أو وكيله؛ لقوله بعده: (**والطالب حاضرٌ**)، وما في آخر الوكالات[1].

ومن تكفل لرجل بما أدركه من درك في جارية ابتاعها من رجل أو دار أو غيرها؛ جاز ذلك، ولزمه الثمن حين الدرك في غيبة البائع وعدمه، ولو شرط خلاص السلعة؛ لم تجز الكفالة ولم تلزم، وقال غيره: يلزمه[2].

قوله: (**لم تجز الكفالة ولم تلزم**).

في سماع عيسى - في نصراني سلف نصرانياً خمراً أو خنازير، وتحمل له به نصراني، فأسلم الحميل وأعدم المكفول -: لم يلزم الحميل شيء، ويتبع

---

(1) المشدالي: انظر عكس المسألة، وهو شراء المديان سلعة من الكفيل ليقضي منها دَينه، قال في ثالثةٍ من سماع أصبغ في المديان يقول للكفيل: بعني سلعتك أقضِها فلاناً، أو أبيعها فأقضي منها فلاناً فتسقط عنك الحمالة. قال: لا يحل؛ لأني أخاف أن يكون من وجه الدين بالدين.

ابن رشد: هذا بَيِّنٌ؛ لأن المعنى أنه اشترى منه السلعة إلى أجل بأكثر من قيمتها نقداً على أن يقضيه غريمَه فيما كان له عليه، فصار ما زاده على قيمة السلعة ثمناً لأدائه عنه ما تحمل به عنه إن كان قضى السلعة بعينها، وإن كان باعها فقضى ثمنها صار كأنَّ الحميل قضى عنه عشرةً على أن يأخذ من المشتري خمسة عشر إلى أجل، وذلك رباً.

ووجه الدين بالدين كما قال. والله أعلم.

(2) التهذيب: 4/28-29.

النصراني المكفول صاحبَه.

ابن القاسم: كل حمالة كان أصل شرائها حراماً؛ لم يلزم الكفيل منها شيء[1].

لو بتل صدقة في مرضه لوارث أو غير وارث ثم صح؛ لزمته الصدقة إذا لم تكن على وجه وصية[2].

قوله: **(ثم صح لزمته الصدقة).**

المتيطي: وقيل: لا يلزمه، وهو قول شاذٌ ذكره ابن الهندي[3].

ولا تجوز الحمالة بذلك العمل في حياة الصانع أو مماته، ولا كفيل به حتى يعمله، ولا بأس بأخذ حميل بالحمولة المضمونة، ولا تجوز في دابة بعينها، إلا أن يتكفل برد بقية الكراء عند موتها، فيجوز[4].

قوله: **(ولا تجوز في دابة بعينها).**

---

(1) البيان والتحصيل: 11/334.

(2) التهذيب: 4/33.

(3) المشدالي: وأما لو رجع عن صدقته وهو مريض، ومات من مرضه ذلك، فاختلف قول مالك: هل يصح رجوعه فيها كالوصية فلا ينفذ بعد موته؟ أو لا يصح فيجب تنفيذها لمن هي له؟

المشدالي: واعلم أن مسألة التبتيل في المرض توافق الوصية في أنها تُخرَج من الثلث، وتخالفها في أنها تدخل فيما علم وفيما لم يعلم، وأنها لا تبطل بموت المعطَى قبل المعطِي، وأنها لا يصح الرجوع فيها على أحد قولَي مالك كما تقدم.

انظر رسم (أخذ يشرب خمراً)، من سماع ابن القاسم، من كتاب الحبس.

(4) التهذيب: 4/35.

في نوازل سحنون من الحمالة - في رجل كان يدَّعي قِبَل رجل دابةً، فقال له رجل آخر: أنا ضامن لك ما جاء في هذه الدابة، فحَمل عنه، فخرجت الدابة للمدعي يوماً فماتت - قال: يضمنها إذا أثبتها المدعي عند القاضي، وقضى له بها.

ابن رشد: وقال أصبغ: لا يضمن في الموت، وهو أظهر؛ لأن المقصود في ضمانها ما يخشى من تغييبها المدعى عليه إذ هي بيده، أو يهرب بها، أو غير ذلك[1].

ولا يجوز لعبد أو مكاتب أو مدبر، أو أم ولد عتق ولا هبة ولا صدقة ولا غير ذلك، مما هو معروف عند الناس إلا بإذن السيد، فإن فعلوا ذلك بغير إذنه؛ لم يجز إن رده السيد، فإن رده؛ لم يلزم وإن عتقوا، وإن لم يرده حتى عتقوا؛ لزمهم ذلك، علم به السيد قبل عتقهم أو لم يعلم[2].

قوله: (**لم يلزمهم وإن عتقوا**).

عورض بقوله في النكاح الأول: (**إن أعتقتْ فرد الزوج فعلها ثم مات...**) المسألة[3].

والجامع بين المسألتين فِعْلٌ مردودٌ لمانع زال.

الفرق أنَّ الزوجة من أهل العتق في الجملة، فهي أقوى.

---

(1) البيان والتحصيل: 11/347.

(2) التهذيب: 4/35.

(3) التهذيب: 2/193.

ومن باع من عبده سلعةً بدين إلى أجل، أو تكفل عنه بدين، فأداه عنه، ثم باعه أو أعتقه؛ فإن ذلك باق في ذمته، إلا أن ذلك عيب في العبد إن لم يبينه، فالمبتاع مخيَّر في الرضا بذلك أو رد البيع[1].

قوله: **(إلا أنَّ ذلك عيبٌ في العبد...)** المسألة.

في سماع ابن القاسم - فيمن أراد شراء عبد ليعتقه طوعاً، فأبى سيده أن ينقصه من خمسين، وأبى المشتري أن يعطيه أربعين، فقال العبد لسيده البائع بغير حضرة المشتري: بعني ولا تمنعني من العتق، وأنا أشهد لك أني أعطيك عشرة ديناً لك علي، فأشهد العبد بذلك، فباعه من الذي أعتقه بأربعين وأعتقه، ثم علِم المشتري بذلك، فأنكر عليه - فقال: ما أرى ما صنع جائزاً.

قلت له: فهل له أن يتبع العبد بالعشرة ديناً؟.

قال: لا شيء له على العبد، وتسقط عنه، فإن كان ذلك بإذن المشتري وعِلْمه؛ لزمت العشرة.

ابن رشد: أوجب على العبد لسيده ما أشهد له به على نفسه ممن يعتقه، وجعل ذلك ديناً ثابتاً له عليه، يتبعه به إن علم ذلك المشتري، كدين ثبت له في ذمته قبل البيع[2].

فقوله: "إنه تسقط عنه إن لم يعلم بها المشتري"، هو مثل ما في سماع عيسى.

وهو خلاف ما في حمالة المدونة فيمن **(باع عبده وله عليه دين...)** المسألة،

---

(1) التهذيب: 4/37.

(2) البيان والتحصيل: 14/430-431.

إذ لو سقطت لما جعله مخيَّراً.

وقد قال ابن القاسم في العشرة: تسقط عن الغلام؛ علِم المشتري أو لا.

زاد في سماع عيسى: وعلى هذا الأصل كان الشيوخ يختلفون في الذي يبيع داره، ومطمر مرحاضها مملوء رحاضةً، ولا يتبرأ بذلك إلى المبتاع.

فمنهم من كان يقول: هو عيب في الدار؛ إن شاء المشتري أمسك، وإن شاء رد على حكم العيوب؛ قياساً على مسألة المدونة هذه[1].

ومنهم من كان يقول: ليس ذلك بعيب، ويلزم البائع أن يخلي له المطمَر؛ قياساً على سائر المسائل المذكورة[2].

وهو الأظهر له؛ بمنزلة أن لو كان له زبل في بيت من بيوت الدار[3].

قلتُ: وفي نوازل أصبغ - فيمن له عرصة، وكان مجرى مائها إلى أسفل، فباع الأسفل، ولم يذكر المجرى وقت البيع، فبنى المشتري، وجعل كَوَّة في جداره، وجرى عليه الماء شهراً فسد الكَوَّة، وقال: ليس عليَّ مجرىً -: له ذلك، إلا أن يكون من الأمور الظاهرة التي تُعْرَف، ويعرفها المشتري الأبعد عنها، ولا محيص للماء عن ذلك المجرى، لزم المشتري ذلك؛ لأنه كالشرط عليه برضاه.

---

(1) انظر: البيان والتحصيل: 8/317.

وزاد المشدالي بعده: القائل بهذا القول هو أبو عمر الإشبيلي المعروف بابن المُكْوي.

(2) انظر: البيان والتحصيل: 8/317.

وزاد المشدالي بعده: القائل بهذا القول هو القاضي ابن زَرْبٍ مع جماعة من الفقهاء، واحتج لقوله بمسألة نوازل أصبغ التي نذكرها الآن إن شاء الله تعالى.

(3) انظر: البيان والتحصيل: 8/317.

ابن رشد: وقد قيل: إذا لم يشترط البائع على المشتري، ولا كان أمراً ظاهراً، فليس له أن يسُدَّه، وهو عليه فيما ابتاع، إن شاء ردَّ أو تماسك، وهو على ما في المدونة في الكفالة في هذه المسألة[1].

قلتُ: ونزلَتْ عندي مسألة من هذا المعنى في رجل تملَّك داراً وسطحها، ومجرى مائها لناحية، ولا مجرى لها إلا تلك الناحية، فباع صاحب الدار الناحية التي عليها المجرى، فمنعه المشتري من جري الماء عليه، ولا بيان حين التبايُع، فحكمتُ فيها: أنه إن كان لا مصبَّ لها إلا تلك الناحية، والمشتري عالم بذلك قبل البيع؛ فلا مقال له، وإلا فله الرد؛ لأنه عيب، وسنده هذه الرواية.

وسئل ابن القاسم في باب آخر عن البكر التي عنست في بيت أهلها، أتجوز كفالتها؟ قال: قال مالك في هبتها وصدقتها: لا تجوز، فكذلك كفالتها في هذا لا تجوز؛ لأن بضعها بيد أبيها[2].

قوله: **(وسئل)**.

سرُّ سياقها كذا ما تضمنه من الإشكال؛ وهو أن يقال: أجابه بالهبة والصدقة، وقاس عليهما الكفالة، ولا يلزم من منعهما منعها لمحض التبرع فيهما دونها؛ لأن الكفالة يأخذ في الزمن الثاني ما دفع أوَّلاً.

---

(1) انظر: البيان والتحصيل: 8/62.

وزاد المشدالي بعده: قال أبو الأصبغ بن سهل: جواب القاضي ابن زرب ومن وافقه من الفقهاء أصح في النظر، وقياسه على مسألة أصبغ أبيَن في الاستدلال من الذي نظر الإشبيليُّ جوابَه بها من مسألة العبد. والله أعلم.

(2) التهذيب: 4/39-40.

وقال المغيرة في ذات الزوج تزيد على ثلثها: إنه يجوز منه الثلث كالوصية، وقال غيره: ليس كالوصية، إذ قد تجوز وصية من لم يبلغ الحلم، ولا يجوز صنيعه في صحته في ثلث ماله ولا غيره[1].

قوله: **(قال غيره: ليس كالوصية)**.

تصدى في هذا الكلام إلى الفرق؛ وهو إنما ينتج افتراق البابين في الأحكام من حيث الجملة، وهو لا يمس محل النِّزاع، والفرق الجيد أنه في الحياة يمكن التلاقي، وفي الموت لا.



(1) التهذيب: 4/41-42.



كتاب الحوالة



كتاب الحوالة

وإذا أحالك غريمك على من له عليه دين، فرضيت باتباعه؛ برئت ذمة غريمك، ولا ترجع عليه في غيبة المحال عليه أو عدمه، ولو غرك من عدم يعلمه بغريمه أو تفليس؛ فلك طلب المحيل، وإن لم يغرك كانت الحوالة لازمة لك، وإن لم تقبض ما أحالك به حتى أفلس المحيل أو مات، فلا دخول لغرمائه معك في ذلك الدين؛ لأنه كبيع نفذ[1].

قوله: (ولا ترجع عليه في غيبة المحال عليه...) المسألة.

في سماع أبي زيد من المديان: قال ابن القاسم - في عبد مأذون له في التجارة فداين الناس، وقد كان على سيده لرجل مائة دينار، فأحاله بها على هذا العبد المأذون له، ثم فلس العبد - قال: حاصَّ المحالُ غرماءَ العبد.

قيل له: قد حاصَّ فصار له في المحاصة نصف حقه.

قال: يرجع على السيد بنصف الحق، ويرجع[2] غرماء العبد على السيد بما صار لغرمائه في المحاصة، وهو خمسون؛ لأنه هو الذي أدخله عليهم، وإن لم يكن عنده شيء باعوا من العبد ما كان لهم أن يرجعوا به على السيد.

ابن رشد: هذه مسألة فيها نظرٌ، ولا تصح إلا على معنىً[3] ما؛ وهو أن

(1)التهذيب: 4/ 43.

(2) زاد بعده من (ش) قوله: (على).

(3) قوله: (إلا على معنى) يقابله في (ش): (إلا معنى).

يكون السيد أحال غريمه على عبده، ولا دَيْن له عليه، فلما فلس العبد؛ لم يعلم إن كانت الحوالة قبل ديون الغرماء، فيكون من حق المحال أن يحاصَّ الغرماء، ولا يكون للغرماء رجوع على السيد بشيء، أو بعد ديون الغرماء[1]، فلا يكون للمحال محاصة الغرماء، والسيد مُقِرٌّ أن الحوالة كانت بعد ديون الغرماء، والمحال منكر لذلك، [58/ب] ومدَّعٍ أن الديون إنما لحقت العبد بعد الإحالة، فعلى هذا التأويل تستقيم المسألة.

وقال ابن دحُّون: إنها مسألة غير[2] مستقيمة؛ لأنه إنْ كان أحال الغريم على دين له على العبد؛ فليس للمحال رجوع على السيد بما وقع في المحاصَّة، وإن كان أحاله على ماله الذي بيد العبد؛ فلا يخلو أن يكون ذلك قبل أن يتداين العبدُ أو بعدَه؛ فإن كان قبل، فلم يقبض المحال حتى فلس العبد، فلا رجوع له[3] ولا للغرماء على السيد بما يقع للمحال في المحاصة؛ لأنه أخذ دين العبد، وإن كان بعد أن تداين العبد لمال عليه؛ فذلك لا يجوز على الغرماء؛ لأنهم أولى بما في يد العبد من السيد ممن أحاله السيد.

وليس قوله بصحيح؛ لاحتمال المسألة سوى الوجوه التي قسم إليها المسألة، وفسرها على معنى ما في المدونة؛ إذ من الوجوه التي تحتملها المسألة الوجه الذي ذكرناه[4].

(1) قوله: (فيكون من حق المحال أن يحاص الغرماء... الغرماء) ساقط من (ع).

(2) قوله: (غير) ساقط من (ع).

(3) قوله: (على السيد بما وقع في المحاصَّة،... له) ساقط من (ع).

(4) انظر: البيان والتحصيل: 10/554، 555.

ولا بأس بأن تكتريَ من رجل عبدَه أو دارَه، بدين لك حال أو مؤجل على رجل آخر مقرٍّ حاضِرٍ، وتحيله عليه إن شرعت في السكنى أو الخدمة[1].

قوله: (مقرٌّ حاضِرٍ).

قلتُ: مفهومه: لو كان غائباً؛ لم تجز الحوالة.

قال في الطرر عن أبي زيد القرطبي: لا تجوز الحوالة على غائب، فإن وقع لم تجز وفسخ؛ لأنه قد تكون للغائب من ذلك براءةٌ.



(1) التهذيب: 4/45.



كتاب الرهون



كتاب الرهون

قلتُ: لا خفاء في إشكال تعريف شيخنا في مختصره[1]؛ لأنه مفرغ في إحدى القضيتين.

أما حاصلُهُ: قَبْضُ مالٍ للتوثق، فقد علمتَ أنه لا[2] يشمل من الرهان إلا ما هو مقبوضٌ، ولا خلاف في المذهب أن القبض ليس من حقيقة الرهن.

وأما ما حاصله: مالٌ مقبوضٌ للتوثق، فقد علمتَ أيضاً أن هذا الحد إنما يصدق على المرهون، وحقيقة الرهن أمر آخر وراء ذلك.

وهي قولنا: عقدٌ لازم لا ينقل الملك؛ قصَدَ به التوثق في الحقوق، أو ما يوجب[3] هذا المعنى.

ومن ارتهن دابة أو داراً أو ثياباً، واستحق نصف ذلك من يد المرتهن؛ فباقيه رهن بجميع الحق، فإن شاء المستحق البيع؛ قيل للراهن وللمرتهن: بيعاً معه، وقيل للمرتهن: لا تسلم رهنك، ولكن يباع وهو بيدك، وتصير حصة الراهن من الثمن رهناً بيد المرتهن بجميع حقه، أو بيد من كان الرهن على يديه[4].

قوله: **(فاستحق نصف ذلك...)** المسألة.

(1) انظر: مختصر ابن عرفة: 318/ب.
(2) في (ع): (ما).
(3) في (ع): (يؤدي).
(4) التهذيب: 4/48-49.

البحث فيه من وجهين:

أحدهما أن يقال: قد يؤخذ من هذا أن الرهن لا حصة له من الثمن؛ لأنه لو كان له حصة لكان للمرتهن مقالٌ في استحقاق جُلِّ رهنه بإخلافه ضرورة[1] كونه من الثمن.

قلتُ: بل يقال: له حصة، وكل جزء[2] رهنٌ بالكل.

ابن عبد السلام: قال الأكثرون: إنَّ كلَّ جزء من الرهن مرتهن بكل جزء من الدين[3].

وظاهر كلام أهل المذهب أنه لا فرق في ذلك بين اتحاد الدين أو تعدُّدِه، وإن كان قد وقع خلاف في تعدد الدين.

الوجه الثاني: أنه يؤخذ من قولهم هنا: "إن الباقي رهنٌ بالجميع"، أنه لا يشترط مساواة الرهن للمرهون به، فعلى هذا لا يصح أن يكون شاهداً على ما في الذمة، ولا على نفسه، والمذهب أنه شاهدٌ على نفسه، لا على ما في الذمة، على المشهور.

أجر السقي على الراهن، كما أن عليه نفقة الدابة والعبد الرهن، وعليه كسوة العبد وكفنه إن مات ودفنه[4].

قوله: **(وكفنِه إن مات ودفنِه).**

أخذ منه أنه لو ماتت دابةٌ في السوق، أو في دار رجل؛ أنَّ على صاحبها

---

(1) قوله: (بإخلافه ضرورة) يقابله في (ش): (بإخلائه ضرورته).

(2) زاد بعده من (ع) قوله: (جزء).

(3) انظر: التوضيح: 6/153.

(4) التهذيب: 4/50.

إخراجها؛ لأنه أحق بجلدها وجنينها؛ لأن موتها لا ينقل ملك ربها.

وقولُ ابن رشد في سماع ابن القاسم من الصلاة: "إن الميتة لا ملك فيها لأحد"[1]، يقتضي أنه لو استخرَج أجنبيٌّ جنينَها، أو نزع جلدَها؛ أنه لا مقال لربها معه.

ولا أعلم أحداً ذكر هذه المسألة غير صاحب الطرر.

قال ما نصه عن الاستغناء: لو ماتت دابة رجلٍ في دارِ آخر؛ فعلى رب الدار إخراجها؛ لارتفاع ملك ربها عنها بالموت.

وقيل: على ربها؛ لأنه ينتفع بها لكلابه. اهـ.

ومن باع نخلاً قد أُبّر ثمرها؛ فهو للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع[2].

قوله: (**ومن باع نخلاً قد أبّر...**) المسألة.

يرِد عليه أنَّ الدعوى عامة، والدليل خاص.

وإذا تعدى العدل في رهن في يديه، فدفعه إلى الراهن أو إلى المرتهن فضاع، وهو مما يغاب عليه، فإن دفعه إلى الراهن؛ ضمن للمرتهن، وإن دفعه للمرتهن؛ ضمنه للراهن، فإن كان الرهن كفاف الدين؛ سقط دين المرتهن لهلاكه بيده، فإن كان فيه فضل يضمن العدل الفضل للراهن[3].

قوله: (**وإذا تعدى العدل...**) المسألة.

قلتُ: أخَذَ من هنا بعض القضاة المالكية بالديار المصرية مسألةً؛ وهي:

(1) انظر: البيان والتحصيل: 1/315.

(2) التهذيب: 4/51.

(3) التهذيب: 4/54.

لو قام رجل على مديانه؛ لأخذ دينه والمديان غائب، فرفع أمره للقاضي، فوقف له ماله الثابت له، وغاب رب الدين[1] بعد ذلك، وقدم المديان وادعى أنه مليء، ودفع له القاضي المال الذي أوقفه لأجل الغائب فهرب، ثم قدم رب الدين، فأراد الرجوع على القاضي، أنه يضمن؛ لقولها هنا: (**يضمن العدل للمرتهن...**) المسألة، بجامع أن القاضي والأمين دفعا ما لا تعلق به حق للغير تعلقَ استيفاء، فحَكَم بذلك وأمضاه.

وقال مالك فيمن باع سلعة فاستحقها صاحبها، وقد دارت في أيدي رجال، أنه يأخذ الثمن من أيهم شاء[2].

قوله: (**وقاله مالك...**) إلخ.

تأمله فإنه مخالف في الاستدلال؛ لأن ظاهر مسألة الدليل أنه لا يخير في إجازة البيع ورده؛ وإنما له الثمن فقط ممن شاء، وفي المستدل عليها له إجازته، هذا مصرح به وله رده، هذا في ضمنه لوضع (**اللام**) لذلك.

ومن ارتهن عبداً فجنى العبد جناية خُيِّر السيد أوَّلاً، فإن فداه كان على رهنه، وإن أسلمه خير المرتهن أيضاً، فإن أسلمه؛ كان لأهل الجناية بماله، قل أو كثر، وبقي دين المرتهن بحاله[3].

قوله: (**خُيِّرَ السيد أوَّلاً**).

تقرير معارضتها بجناياتها أن المرتهن، والمخدم تعلق حقهما بالرقبة تعلق

---

(1) في (ع): (الدار).

(2) التهذيب: 4/54-55.

(3) التهذيب: 4/58.

استيفاء، فقدم المخدم هناك دون المرتهن هنا.

الجواب من وجهين:

الأول: أن الاستيفاء هنا مخالف لما هناك، فإنه هنا من حيث اللزوم للبيع إن أعدم، وهناك من حيث المطابقة، وهو وجه ما قصد الموصي.

الثاني - وهو أصوَب - أنه لو قدم صاحب الرقبة هناك؛ لبطل حق المخدم؛ لأن ما أوصى به الموصي مرتب، فلو عكس؛ لبطلت الوصية بخلاف ما هنا.

وللوصي أن يرهن من متاع اليتيم رهناً فيما يبتاع له من كسوة أو طعام، كما يتسلف لليتيم حتى يبيع له بعض متاعه، وذلك لازم لليتيم[1].

قوله: **(من كسوة أو طعام).**

قيل: ظاهر المدونة لا يجوز الشراء بالدين للمحجور إلا في ضرورياته، ولا تعمُر ذمته بما لا ضرورة إليه.

وقال بعضهم: بل تدل المدونة على جواز تعمير ذمة اليتيم بالدين، وجواز الشراء له بالدين، ألا ترى إلى قوله: **(كما يتسلف...)** المسألة.

وللوصي أن يعطي مال اليتيم مضاربة، ولا يعجبني أن يعمل به الوصي لنفسه، إلا أن يتجر لليتيم فيه، أو يقارض له به غيره[2].

قوله: **(وللوصي أن يعطيَ مال اليتيم مضاربة).**

---

(1) التهذيب: 4/ 61.

(2) التهذيب: 4/ 61.

قلتُ: يؤخذ من هنا جواز الصلح على المحجور فيما ادعي عليه، وخاف أن يثبت على المحجور، أو طلب هو- أعني المحجور- دعوى على الغير، فخاف الوصي ألا تثبت أنه يصالح على البعض يعطيه أو يأخذه.

ونص عليه صاحب الطرر.

والجامع بينهما أنه جوَّز للوصي دفع المال مضاربة مع احتمال ذهابه، فضلاً عن حصول رأس المال فقط، فضلاً عن حصول الربح.

قلتُ: قال في نوازل أصبغ: سألت ابن القاسم عن الوصي، أيصالح على اليتامى؟

قال: نعم؛ إن رآه نَظَراً.

ابن رشد: وقعت هذه المسألة في بعض الروايات، وظاهرها أن الوصي يجوز صلحه على اليتيم فيما يراه نَظَراً فيما طلب له من حق أو طلب به، في أنه يأخذ حقه الذي يطلب له، ويضع بعضه إذا خشي أنه لا يصح له ما ادعاه، وبأن يعطيه من ماله بعض ما يطلب به إذا خشي أن يثبت عليه [59/أ] جميع ما يطلب به.

وهو له في النوادر مكشوفٌ، خلاف ما حكى[1] ابن حبيب في الواضحة عن ابن الماجشون من أنه يجوز فيما يطلب له، لا فيما طلب به، والصواب أنه لا فرق بينهما[2].

المتيطي: اختُلف إذا تسلَّفَ الوصيُّ مال اليتيم فتجر به؟

---

(1) قوله: (ما حكى) ساقط من (ع).

(2) انظر: البيان والتحصيل: 14/224.

قيل: الربح له.

وقيل: لليتيم.

وقيل: إن كان ملياً فله، وإلا فلليتيم.

قلتُ: ولو تجر الوصي في مال المحجور وربح[1]، فكبر المحجور ورشد، وتنازع مع الوصي؛ فقال المحجور: إنما تجرت بمالي على أن الربح لي، وأنكره الوصي؛ فقال ابن عبد السلام: القول قول الوصي مع يمينه.

قال: ولو أسلفه، ولليتيم في يده ناض لم يرجع عليه؛ لأن اليتيم غير محتاج إلى سلفه، وهو في نفقته على اليتيم حينئذ متطوع.

الطرر: لو عمل الأب أو الوصي في أرض الصغير مغارسة بأنفسهما؛ كان لهما قيمة عملهما مقلوعاً.

ومن سلف يتيماً في عمارة منزله، فإن خيف خرابه وانهدامه؛ رجع عليه، وأما غير ذلك من شراء دابته أو سلعة يرجو نماءها؛ فلا يلزم اليتيم إلا أن يجد ذلك بعينه فله أخذه.

ولو دفع الوصي لليتيم أكثر من نفقته فأتلفه؛ ضمنه الوصي؛ لأنه عرضه للتلف، وكذلك السفيه.

ولو دفع الوصي إلى من في ولايته مالاً يكفيه لنفقته، فتسلف اليتيم ما كمل به نفقته؛ ضمن الوصي ما تسلفه، ولو تسلف الوصي على الأيتام حتى يباع مالهم، فأنفق ذلك عليهم، فتلف مالهم؛ فلا ضمان عليه.

ولو كان الأيتام إخوة، فأنفق الوصيُّ على بعضهم من مال الآخر؛ ضمن

---

(1) قوله: (وربح) ساقط من (ع).

الوصي لمن أنفق من ماله، ويرجع بذلك على المنفق عليه.

ومن قال: لله عليّ أن أصوم شهراً متتابعاً؛ أجزأه التبييت لأول ليلة، ولا يحتاج أن يبيّت الصوم كل ليلة[1].

قوله: (**ومن قال: لله عليَّ أن أصوم**).

(**قلت**): وجدتُّ حاشيةً حسنةً على هذا الموضع ونصُّها:

قال بعض البغداديين: إنما أتى بهذه المسألة هنا في كتاب الرهن لشبهها بالتي قبلها.

وذلك أنه قال فيها: (**ليس للوصي أن يأخذ عروض اليتيم بما أسلفه رهناً**). المسألة[2].

فهو لما كان في يده أوّلاً فقد حازه، فيتم له الحوز في العروض كلها بأول مرة، فلا يكون حائزاً مرةً أخرى، ومسألة الصوم قد انعقد له التبييت أول ليلة[3] وحازه، فلا يحتاج إلى تبييت ثان؛ لأنه قد بيته أول مرة.

وأشار الصقلي إلى أنه إنما أتى بها على ما كانت عليه في المختلطة.

ومن لك عليه دين إلى أجل من بيع أو قرض؛ فرهنك به رهناً على أنه إن لم يفتكه منك إلى الأجل، فالرهن لك بدينك؛ لم يجز ذلك، وينقض هذا الرهن، ولا ينتظر به الأجل[4].

---

(1) التهذيب: 4/62.

(2) التهذيب: 4/61.

(3) في (ش): (مرة).

(4) التهذيب4/65.

قوله: (ومن كان[1] لك عليه دين إلى أجل من بيع أو قرض...) المسألة.

قال في تعليقة القابسي: غلِط البراذعي في اختصار هذه المسألة؛ لأن ظاهر كلامه يقتضي أن الرهن بعد عقدة البيع والقرض، ولو كان كما قال، لكان الرهن في نفسه هو الفاسد وردَّ أبداً، ولم يكن رهناً؛ لأن من أصولهم أن الرهن إذا كان فاسداً خاصة، ولم يفسد لفساد البيع أنه لا يكون رهناً.

وقد أحسن الشيخ أبو محمد في اختصارها، ولم يغيرها عما في الأم.

فقال: ومن أقرضك قرضاً وأخذ به رهناً، فجعله رهناً في أصل عقد البيع والقرض، فمتى[2] أدرك نقض وفسخ البيع، فإن فات؛ كانت فيه القيمة حالة، ويعجل القرض.

ومن استعار سلعة ليرهنها؛ جاز ذلك[3].

قوله: (ومن استعار سلعة ليرهنها).

قلتُ: هذه تَنقُض حدَّ ابن الحاجب للعاريَّة[4]، فإن اللازم أحد أمرين:

إما أن يكون المعار الرقبة، فيكون الحد غير جامع.

وإما أن يكون المعار المنفعة، فيلزم بطلان قول مالك ببيعها؛ لأنه متعد في غير معار، وقد قال: يبيعها المعار فيأخذ منه المعير الثمن.

---

(1) قوله: (كان) ساقط من (ع).

(2) في (ش): (فما).

(3) التهذيب: 4/71.

(4) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب: 1/610.

ومن أعرته سلعة ليرهنها في دراهم مسماة، فرهنها في طعام؛ فقد خالف، وأراه ضامناً[1].

قوله: (**أراه ضامناً**).

الجواب عن معارضتها بما في عاريتها: أن المثلية هنا لا تنضبط؛ لاختلاف الأسواق، فلم تتحقق مماثلة قيمة الطعام للدراهم.

والمراد بكونها مسماة؛ أي: معدودة، بخلاف المماثلة في العاريَّة، فإنها حاصلة في الحال، وهو لا يتغير.

ورُدَّ بأن المماثلة نفرضها حالة التعدي؛ بأن تكون قيمة الطعام حينئذ مساوية للدراهم، وانتقالها في المال لا يعتبر، فلا ينهض الجواب.

ومن رهن رهناً على أنه إن مضت السَّنَةُ خرج من الرهن؛ فلا أعرف هذا من رهون الناس، ولا يكون هذا رهناً[2].

قوله: (**إن مضت السَّنَةُ خرج من الرهن**).

عورض بقوله قبلَه: (**على إن لم يفتكه**).

وفي كلا المسألتين رهنٌ فاسدٌ، حكم له في إحداهما بحكم الصحيح دون الأخرى، والفرق بينهما أن الشرط هنا هو مناقض لمقتضى الرهن؛ لانتفاء ثمرته - وهي الاختصاص - وهناك الشرط غير رافع ولا مناقض لمقتضى الرهن بل هو موكد؛ لأن مقصود المرتهن فكه أو بيعه، فالشرط قرر أحدهما،

---

(1) التهذيب: 4/72.

(2) التهذيب: 4/72.

وهو تسليمه فافترقا.

وإذا ارتهن رجلان ثوباً فرضيا، ورضي الراهن كونه بيد أحدهما؛ جاز[1].

قوله: (وإذا ارتهن رجلان ثوباً فرضيا...) المسألة.

قال في تعليقة القابسي: قوله: (ورضي الراهن) دليلٌ على أنَّ مَن باع مِن رجلٍ بيعاً على أن يرهنه رهناً ثقة؛ من حقه أن الراهن لا يجبر على أن يدفع الرهن إلى المرتهن، وإنما يلزمه أن يُخْرجه من يده؛ لتتم الحيازة.

قال شيخنا أبو عبد الله: ليس فيه دليل عندي؛ لأنه إنما قال: ورضي الراهن ليدفع الضمان عمن لم يكن بيده؛ ولكن لما تقرر أن من دعى منهما إلى كونه عند عدل فله ذلك؛ لأن الراهن يقول: إنما لك التوثق، وهو حاصل بيد عدل.

وإذا كان لرجلين على رجل دين مفترق، لهذا مال ولهذا طعام، أو لهذا قرض ولهذا سلم، فأخذا به رهناً واحداً... قيل: فإن قضى أحدهما دينه هل له أخذ حصته من الرهن؟ قال: قال مالك في رجلين رهنا داراً لهما في دَيْن، فقضى أحدهما حصته من الدين، فإن له أخذ حصته من الدار، فكذلك مسألتك، إلا أن في مسألتك إن كتبا دينهما في كتاب واحد، وكان دينهما واحداً؛ فليس لأحدهما أن يقبض شيئاً دون صاحبه[2].

---

(1) التهذيب: 4/74.

(2) التهذيب: 4/75.

قوله: **(قيل)**.

قلتُ: اختصرها لإشكال الجواب؛ إذ لا يلزم من عدم رهنه أجمع في تعدد الراهن، كونُه كذلك في تعدد المرتهن؛ لاستلزام بطلان الحوز في الثاني دون الأول[1].



(1) قوله: (دون الأول) زيادة من (ع).

كتاب الغصب

كتاب الغصب

ومن تعدى على صحفة، أو عصا لرجل بعينه فكسرها، أو خرق ثوباً، فإن أفسد ذلك فساداً كثيراً؛ خير ربه في أخذ قيمة جميعه، أو أخذه بعينه، وأخذ ما نقصه من المتعدي[1].

قوله: **(فساداً كثيراً).**

في سماع عيسى - فيمن كسر بقرة رجل أو شاته، فخاف صاحبها عليها الموت فذبَحَها - قال: إن كان كسراً مُعطِباً يجب من مثله على الكاسر جميع القيمة، فأراد ذبحها ربها رضاً بحبسها، ولا أرى على الكاسر شيئاً؛ لا قليلاً ولا كثيراً.

وإن كان غيرَ مُعطِبٍ؛ فعليه ما نقصها العيب من ثمنها.

ابن رشد: قوله هنا خلافُ المشهور من مذهبه في الذي **(يفسد الثوب فساداً يجب به ضمانه أنه يخيَّر...)**، إلى آخر ما في المدونة[2].

من غصب أمة فزادت قيمتها عنده أو نقصت، ثم قتلها أو وهبها أو تصدق بها، ففاتت بعنده، فإنما عليه قيمتها يوم الغصب فقط، ولو غصبها وقيمتها مائة، ثم باعها وقيمتها مائتان، بخمسين ومائة، ثم لم

---

(1) التهذيب: 4/79.

(2) انظر: البيان والتحصيل: 16/163 و164.

يعلم للأمة موضع، فإنما لربها على الغاصب إن شاء الثمن الذي قبض فيها أو قيمتها يوم الغصب، ولو قتلها عند الغاصب أجنبي وقيمتها يومئذ أكثر من قيمتها يوم الغصب، فلربها أخذ القاتل بقيمتها يوم القتل بخلاف الغاصب، فإن كانت قيمتها يومئذ أقل من قيمتها يوم الغصب، كان له الرجوع بتمام القيمة على الغاصب. وما أصاب السلعة بيد الغاصب من عيب قل أو كثر بأمر من الله تعالى، فربها مخير في أخذها معيبة، أو يضمنه قيمتها يوم الغصب. وإن كانت جارية فأصابها عنده عور، أو عمى، أو ذهاب يد بأمر من الله تعالى بغير سببه، فليس لربها أن يأخذها، وما نقصها عند الغاصب إنما له أخذها ناقصة، أو قيمتها يوم الغصب. وليس للغاصب أن يلزم ربها أخذها، ويعطيه قيمة ما نقصها إذا اختار ربها أخذ قيمتها، ولو ماتت عند الغاصب ضمن قيمتها. ولو كان الغاصب هو الذي قطع يدها، فلربها أن يأخذها وما نقصها، أو يدعها ويأخذ قيمتها يوم الغصب. ولو قطع يدها أجنبيٌّ، ثم ذهب، فلم يقدر عليه؛ فليس لربها أخذ الغاصب بما نقصها، وله أن يضمنه قيمتها يوم الغصب، ثم للغاصب اتباع الجاني بما جنى عليها، وإن شاء ربها أخذها، وأتبع الجاني بما نقصها دون الغاصب[1].

قوله: (ولربها أخذ الغاصب...) المسألة.

قال بعضهم: في الأم: لم [59/ب] أجزت له أن يجيز بيع الغاصب؟ وهو إنما ينعقد البيع الساعة حين يجيز، والجارية ميتة، وبيع الموتى لا يحل.

(1) التهذيب: 4/ 81.

قال: ليس هذا بيع الموتى؛ وإنما هو رجلٌ أخذ ثمن سلعته، فإذا رضي بأخذ الثمن، لم يلتفت إلى موتها ولا حياتها[1].

ولا يستقر من هذا جواز مفاداة الأسارى بنصرانى ميت؛ لأنه إنما نظر هنا إلى يوم العقد، ولو نظر إلى يوم الإجازة، وأجاز لصلح الاستقراء والحكم فيه من غير هذا الموضع أنه يجوز مفاداة الأسارى بنصراني ميت.

قلتُ: الذي نص عليه عياض أنه لا يجوز.

قال ما نصُّه: وفي تحريم بيع الميتة حُجَّةٌ على منع بيع جثة الكافر إذا قتلناه من الكافر، وافتدائهم مِنَّا به، وقد امتنع من ذلك النبي ﷺ[2]. انظر تمامه[3].

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/315، و(السعادة/صادر): 14/343، و(العلمية): 4/170.

(2) الحديث بتمامه: «... أن المشركين أرادوا أن يشتروا جسد رجل من المشركين فأبى النبي ﷺ أن يبيعهم» أخرجه الترمذي في سننه: 4/214، كتاب الجهاد، باب ما جاء لا تفادى جيفة الأسير، برقم: 1715. وقال الحافظ ابن حجر فتح الباري: 6/283، عند قول البخاري: (باب طرح جيف المشركين في البئر ولا يؤخذ لهم ثمن): (وذكر ابن إسحاق في المغازي أن المشركين سألوا النبي ﷺ أن يبيعهم جسد نوفل بن عبد الله بن المغيرة، وكان اقتحم الخندق، فقال النبي ﷺ: «لا حاجة لنا بثمنه ولا جسده» فقال ابن هشام: بلغنا عن الزهري أنهم بذلوا فيه عشرة آلاف وأخذه من حديث الباب من جهة أن العادة تشهد أن أهل قتلى بدر لو فهموا أنه يقبل منهم فداء أجسادهم لبذلوا فيها ما شاء الله).

(3) انظر: إكمال المعلم، لعياض: 5/134.

ابن العربي: إن رسول الله ﷺ أعطى له الكفار في جسد كافر استولى المسلمون على جسده عشرة آلاف، وقال: لا حاجة لنا بجسده ولا بثمنه[1].

ولو ولدت عند الغاصب ثم مات الولد؛ لم يُضَمِّنْهم[2].

قوله: (**ثم مات الولد لم يُضَمِّنْهم**).

تقرير الإشكال الوارد هنا أن يقال: سقوط الضمان مُشكِلٌ؛ لأنا نقول في بيان الإشكال: لو لم يجب ضمانه ميتاً؛ لم يجب رده حياً.

بيان الملازمة أنَّ الولد؛ إما أن يصدق عليه أنه مغصوب؛ فيُضْمَن في الموت كالأم، إذ لا شيء من المغصوب غير غلة غير مضمون، وإن لم يصدق؛ لم يردّ معها، وقد اتفق ابن القاسم وأشهب على ردِّه.

وإن أقمتَ شاهداً أن فلاناً غصبك هذه الأمة، وشاهداً آخر على إقرار الغاصب أنه غصبَكَها؛ تمت الشهادة، ولو شهد أحدهما أنها لك، وشهد الآخر أنه غصبَكَها؛ فقد اجتمعا على إيجاب ملكك لها، فيقضى لك بها، ولم يجتمعا على إيجاب الغصب[3].

قوله: (**قد اجتمعا على إيجاب ملكك**).

قال في تعليقة القابسي: غلِط البراذعي في اختصار هذه المسألة؛ لأنه ليس

---

(1) انظر: أحكام القرآن، لابن العربي: 3/465 و466.

(2) التهذيب: 4/81-82.

(3) التهذيب: 4/83-84.

كذا في الأم؛ وإنما فيها: **(أراها شهادةً واحدة)**، وكيف يصح قوله: **(قد اجتمعا...)** إلى آخره، مع أن شاهد الغصب لم يشهد بالملك، وإنما الحاكم هو الذي يملِّكُها له.

وفي مسائل ابن زرب: لو شهد شهودٌ لرجل بأن دار كذا مسكنه، استُفسِروا: ما معنى مسكنه؟ أتريدون به دار سكناه؟ أو ملكه؟

فإن قالوا: "نريد ملكاً"؛ قضي له بها، وإن قالوا: أردنا سكناه؛ لم يقض له بها، وإن ماتوا؛ قضي له بها[1] بقولهم: "مسكنه"، ولو قالوا: "هذه دار سكنى فلان"، وماتوا قبل أن يُستَفْسَروا؛ لم يقض له بها، خلافَ قولهم "مسكنه"[2].

قلتُ: وفي العتبية في رجلين شهدا لرجل في مسكن له، شهد أحدهما أنه مسكنه، وشهد الآخر أنه حيزه، أتراها شهادة واحدة؟

قال: أراها واحدةً لا تفترق.

ابن رشد: هذه منصوصة في غصبها[3].

ابن سهل: هذه أصل مسألة ابن زرب[4].

قلتُ: قال ابن[5] مالك: إن شهد شهودٌ في دار أنها في ملك فلان؛ لم تكن

---

(1) قوله: (وإن قالوا: أردناه سكناه؛ ... له بها) ساقط من (ع).

(2) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، ص: 42.

(3) انظر: البيان والتحصيل: 9/437.

(4) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، ص: 42.

(5) قوله: (ابن) ساقط من (ع).

شهادة.

قال: وقد شاهدتُ الحكمَ بإسقاط هذه الشهادة؛ ولهذا يكتب الموثقون أنهم يعرفونها له وفي ملكه؛ مالاً من ماله[1].

ابن عتَّابٍ: إن كان الشهود لهم نباهة، ومعرفة بالشهادة صحَّت.

وقال أبو المطرف عبد الرحمن بن مسلمة الطليطلي: هذه شهادة تامة، ولا خلاف فيها[2].

قلتُ: ولا خفاء[3] في ظهور المعارضة لما هنا بما في السرقة، والفرق بينهما عسير[4].

---

(1) المشدالي: قال ابن سهل: واحتج ابن مالك بأن الملك مجمل وأنشد:

أصبحتُ لا أحمل السلاحَ ... ولا أملكُ رأسَ البعيرِ إن نفرا

فأملك هنا بمعنى القدرة والاستطاعة، لا بمعنى الكسب والقنية، انظره في الشهادات.

(2) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، ص: 42، 43.

(3) في (ع): (خلاف).

(4) المشدالي: الذي في السرقة هو قوله هناك: (وإذا عاينت البينة إخراج المتاع من البيت، ولا يدرون لمن هو؛ فلا يشهدون بملكه لرب الدار، ولكن يؤدون ما عاينوا وعلموا، وتقطع يد السارق، ويقضى بالمتاع لرب الدار، وكذلك إن عاينوا أنه غصبه ثوباً، وكذلك يشهدون لبائع السلعة في فلس المبتاع أنه باعها منه، ولا يقولون: إنها له حين باعها، ولا يشهدون في ذلك إلا بما عاينوا وعلموا). اهـ.

قال الشيخ أبو الحسن: وما قاله هنا أبينُ مما قال في الغصب: إذا شهد أحدُهما أنه غصبها له، وشهد الآخر على إقرار الغاصب بالغصب، قال: ذلك تمليك لك، ثم قال بعد ذلك: فقد اجتمعا على إيجاب ملكك، ومعناه: اجتمعا على ما يوجب الملك لك، =

وقد قال مالك في المكتري يتعدى في المسافة، فتضل الدابة فيغرم قيمتها ثم توجد؛ فهي للمتعدي، ولا شيء لربها فيها، ولو شاء لم يَعْجَل[1].

قوله: **(فيغرم قيمتها ثم توجد)**.

قلتُ: ظاهره سواء كان بتراض منهما، أو بحكم حاكم.

وانظر! هل تقيَّد بما قال ابن رشد في رسم طلق ابن حبيب - من سماع ابن القاسم من العيوب - قال ما نصُّه - لما ذكر قولها وغيرها في العبد يهلك، فلا يدرى أفي العهدة أو بعدها -: قولها[2]: **(من البائع)**.

وعن أشهب: **(من المبتاع)**.

قال: فإن عَمْيَ أمرُه فترادَّا الثمن، ثم أتى العبد كان للبائع، ولم يرد إلى المبتاع، ولو أتى قبل أن يترادَّا الثمن كان للمبتاع.

حكى ذلك ابنُ المواز عن أشهب.

ومعنى ذلك عندي: إذا تراضيا على ذلك بغير حُكْم حاكم.

وأما لو حكم عليهما بذلك؛ لوجب أن يرد العبد للمبتاع؛ لانكشاف خطأ الحاكم في ذلك بما لا اختلاف فيه[3].

=

وهي اليد، فهذه تبيّن ما قال في الغصب.

المشدالي: فهذا تأويلٌ قريبٌ يندفع به ما ظهر من المعارضة بين الكتابين. والله أعلم.

(1) التهذيب: 4/84.

(2) في (ش): (قوله).

(3) البيان والتحصيل: 8/255-256.

وفي العتبية - فيمن ادُّعِيَ عليه أنه سرق غلاماً، فأنكر، فصالحه بمال غرمه المطلوب، ثم وجد العبد - فقال: هو للمدعى عليه والصلح لازم.

وكذلك لو وجد العبد بعد الصلح أعور أو أقطع؛ لنفذ الصلح(1).

ابن سهل وابن رشد وابن هشام: هذه كقولها هنا: ولو غرم الصانع قيمة المصنوع لدعواه الضياع، ثم وجد لكان له؛ لأنه حُكْمٌ مضى.

صرح بذلك ابن هشام عن الكافي، وغيره عن ابن وضاح.

قلتُ: ولو قتل المجنون رجلاً، وهو - حالة قتله له - صحيحٌ، ثم جُنَّ فتمادى به الجنون، فعقلت العاقلة الدية، ثم أفاق إفاقةً بينة، فهل يرد العقل ويقتص منه؟ لأن من له الدم يقول: ما أخذت العقل طائعاً؛ بل أنا مجبور عليه!

وتوقف في ذلك أبو عمران(2).

وذكر مسألة العين تَبْيَضُّ، فيؤخذ عقلها، ثم يذهب البياض؛ أنه يرد العقل، ومسألة السن، ومسألة الدابة هذه، فيكون في القصاص قولان.

قلتُ: في العتبية من الأيمان بالطلاق من سماع عيسى - فيمن وقع بينه وبين أختانه مشاجرة، فقالوا له: طلق أختنا، فقال لهم: إن ارتَحَلَتْ عني اليوم فهي طالق، فأتوا إليها وهي لا تعلم، فقالوا لها: قد طلقك زوجك فرحَّلُوها، فبعد ذلك علمَتْ بالذي كان من زوجها، فقالت: والله ما علمت، ولا انتقلت

---

(1) انظر: البيان والتحصيل: 210/14.

وزاد المشدالي بعده: وانظر ابن سهل في مسائل الاستحقاق في ترجمة رمكة استحقت بقرمونة. وانظر كتاب الصلح من النوادر.

(2) المشدالي: قال بعض الأصحاب في لزوم العقل للعاقلة هنا نظر، قال: والقياس أن يكون جنونه كموته. والله أعلم.

من هَوَاي - قال ابن القاسم: إن شهد على ما قالت[1]؛ فلا طلاق عليه.

وقال سحنون: طالق.

ابن دحون: وهو أحسن.

ويلزم على قول ابن القاسم - فيمن قال: إن سأَلَتْ امرأتي الطلاق طلقتها، فأُتِي[2] إليه، فقيل له: قد سألت فطلقها ألَّا يلزمُه، ولا خلاف أنه يلزمه، ولو ثبت أنه كذب عليه، فإن قيل: إنما لزمه؛ لأنه لو شاء تثبَّت، قيل: وكذلك المرأة.

ابن رشد: الفرق أنه أخطأ على نفسه في تطليقه زوجتَه فلا يعذر[3].

قلتُ: وقال ابن أبي زيد: إذا صالح من رمي متاعَه من لم يَرْمِ له على شيء فأخذه؛ جاز.

ولو خرج من البحر؛ انتقض الصلح.

وقيل: لا. سندُه قولها هنا.

وفُرِّقَ بينهما بأن مسألة المدونة فيها تعدٍّ يوجب تضمينها في الذمة، والرمي في البحر ليس بعداء؛ إنما هو شيء توجبه [60/أ] الضرورة، فإذا زالت؛ رجع إليه متاعه.

قلتُ: ووقعت مسألةٌ[4] أخَذَهَا بعض القاصرين من هنا؛ وهي أرض

(1) في (ش): (ما قالته).

(2) في(ش):(فأوتي).

(3) البيان والتحصيل: 6/199-200.

(4) في (ش): (المسألة).

كانت مقسومة بين رجلين، قد عُلِمَتْ حدودها[1]، ثم خفيت تلك الحدود، فتراضيا على ضرب حدود بينهما، ثم بعد ذلك ظهرت الحدود الأصلية[2]، فهل يكون حكماً مضى، ولا مقال لأحدهما على الآخر كمسألة الدابة هنا؟ أم لا؟

فقال هذا الفقيه القاصر: لا مقال لأحدهما على الآخر[3]؛ لقولها هٰهنا.

فقلت لشيخنا أبي عبد الله - وصوَّبَه -: القول قول من دعى إلى التمسك بالحدود الأصلية؛ لقولها وغيرها: (**إذا وجد البينة بعد الصلح**)، فصار كحكم تبين خطؤه[4].

ومن غصب من رجل طعاماً أو إداماً، فاستهلكه؛ فعليه مثله بموضع غصبه، فإن لم يجد هناك مثلاً؛ لزمه أن يأتي بمثله، إلا أن يصطلحا على أمر جائز، فإن لقيه ربُّه بغير البلد الذي غصبه فيه؛ لم يقض عليه هناك بمثله ولا بقيمته؛ وإنما له عليه مثله بموضع غصبه فيه[5].

قوله: (**فإن لقيه ربه بغير البلد...**) المسألة.

---

(1) في (ش): (حدود)، و في المعيار المعرب: (حدودهما).

(2) قوله: (حدود بينهما ثم بعد ذلك ظهرت الحدود الأصلية) ساقط من (ش).

(3) قوله: (كمسألة الدابة هنا أم لا... الآخر) ساقط من (ع).

(4) المشدالي: هذا لو كان بحكم حاكم، وأما بتراضيهما فالذي قاله الفقيه المشار إليه قد يلوح للناظر على ما سبق في كلام ابن رشد قبل هذا.

(5) التهذيب: 4/88.

قال شيخنا أبو عبد الله: وقعت بتونس - قَبْلَ هذا التاريخ - مسألةٌ في[1] رجل مات بالإسكندرية ووارثه بتونس، فخيف على بعض تركته من جهة السلطان ونحوه من الأمراء، فقام رجل فباعها على جهة الدلالة[2] ونَظَر المصلحةِ[3] للوارث الغائب، فقدم بها المشتري لتونس فقام عليه الوارث.

فأجبت فيها: إن للوارث أخذُ متاعه، وعليه الكراء، واستُدِلَّ بمسألة الغلط في الكراء في الحملان المذكورة في العتبية.

قال: لأن المشتري أخطأ على نفسه في الحكم، وسلط على نفسه سبب الانتزاع.

قلتُ: وفي ثامن مسألة من نوازل سحنون من الوصايا في نحو هذه النازلة بعينها، وقال[4]: لا كراء على الورثة إذا أخذوا أعيان متاعهم[5].

---

(1) قوله: (في) زيادة من (ع).

(2) في (ع): (الدالة).

(3) في المعيار المعرب:(ونظراً لمصلحة).

(4) في (ع): (وقالوا).

(5) انظر: البيان والتحصيل: 232/13.

وزاد المشدالي بعده: قد يقال إن مسألة العتبية أقوى؛ لأن التعدي فيها متمحض لمخالفة البائع وصية الهالك، ولأنه اشتراه لنفسه فناسب سقوط الكراء عن الورثة، ولا كذلك النازلة المذكورة، فإن البائع إنما باع على وجه النظر الصلحي كما تقدم خوف السلطان، فلا يلزم من سقوط الكراء عن الورثة في مسألة العتبية سقوطه في النازلة المذكورة، فيتبين ذلك بجلب نص ما في العتبية قال: وسألته عن رجل من أهل الأندلس هلك بمصر، وأوصى لرجل بمتاعه وأمره أن يرد متاعه إلى ورثته ولا يحدث =

قلتُ: وقعَتْ عندي مسألة من هذا المعنى، وهي: رجلٌ اشترى قنطاراً من النيل بمكة شرفها الله ثم أودعه عند رجل من مكة، فلما قضى وطَرَهُ أتاه فدفع له غيرَه غلطاً، فحمله إلى إفريقية، ثم تبين له[1] أنه لغيره ممَّن أتى معه في الرفقة، فقام عليه صاحب النيل فأثبته، فهل يلزمه الكراء؟ أم لا؟

قلتُ: نعم، لقول شيخنا في نازلته، ودلالتها على نازلتنا دلالة أَحرَويَّة؛ لأنه إذا كان الكراء متوجهاً للمشتري الذي لم يستند إلى شبهة شرعيَّة؛ فأولى من استند إليها.

= ــــــــــــــــــــــــــــ

فيها بيعا، فقام الوصي فباع ذلك المتاع من نفسه وضمنه نفسه على حال ما أعطي له، فوجَّه الوصيُّ ذلك المتاع بعينه إلى أهله وأمرهم أن يبيعوه ويقضوا ورثة الميت بمصر، فعثر ورثة الميت على المتاع بعينه فأرادوا أخذه، وقال أهل الوصي: قد ضمن صاحبنا وتعدَّى فيه وأكرى عليه من أرض نائية فليس لكم علينا إلا الثمن الذي وقع به هذا المتاع على صاحبنا، قال: يخير الورثة بين أخذ المتاع بعينه من غير كراء يلزمهم وبين أخذ الثمن الذي أوجبه على نفسه أو القيمة إن كانت أكثر، وقال أبو زيد: مثله.

ابن رشد: قوله: ويقضوا ورثة الميت بمصر، غلط - والله أعلم -، وصوابه بالأندلس على ما ساق عليه المسألة.

المشدالي: هذا بناء على أنَّ بمصرَ متعلق بيقضوا، أو حال من الورثة، وقد يقال: إنه متعلق بالميت، فيندفع حينئذ الإشكال والله أعلم.

ثم قال ابن رشد: فجواب سحنون بتخيير الورثة بيِّنٌ لا خلاف فيه؛ لأنه عين متاعهم فلهم أخذه أو أخذ الثمن الذي ألزمه نفسه.

وأما قوله: أو القيمة إن كانت أكثر، فخلاف المعلوم من مذهبه في أن من تعدى على متاع رجل فحمله من بلد إلى بلد فليس له إلا أخذ متاعه إذ لم يَفُتْ بذلك عنده؛ لأنه يرى النقل كحوالة الأسواق مثل قول ابن القاسم وأشهب والله أعلم.

(1) قوله: (له) ساقط من (ش).

وبدليل قولهم فيمن استحق من يده عبد اشتراه، ثم استلحقه رجلٌ؛ أنه يرجع عليه بما أنفق.

والجامع بينهما أن كلاً منهما[1] قد أنفق على ما يظنه ملكاً له، ثم ظهر خلافه.

وصوَّب هذا غير واحد من المذاكرين.

وقد انتزع ذلك أبو بكر بن عبد الرحمن من قول صُنَّاعها: **(ومن التقط لقيطاً فأنفق عليه...)**. المسألة[2].

وفيها خلاف ذكره ابن يونس.

ومن أقر أنه غصبك هذا الخاتم، ثم قال: وفَصُّه لي، أو أقر لك بجبة، ثم قال: وبطانتها لي، أو أقر لك بدار، ثم قال: وبناؤها لي؛ لم يصدق إلا أن يكون كلامه نسقاً[3].

قوله: **(وفَصُّه لي)**.

قلتُ: في سماع يحيى من الدعوى - فيمن أقر أنَّ هذه البقعة بينه وبين فلان، وقال: بنيانها لي؛ لا يصدَّق في البنيان[4] ولو نسقاً، ويكون تابعاً للبقعة بينهما.

---

(1) في (ش): (كلاهما).

(2) انظر: المدونة (زايد): 20/8، 21، و(السعادة/صادر): 396/11، و(العلمية): 408/3.

(3) التهذيب: 98/4.

(4) قوله: (في البنيان) زيادة من (ع).

ابن رشد: هذا خلافُ غصبها.

انظره مع ما قال إنه أشكل من هذه![1]

---

(1) انظر: البيان والتحصيل: 187/14، 188.

وزاد المشدالي بعده: عَزْوُه هذه المسألة لسماع يحيى لم أجده فيه بحال، وإنما هي في رسم (يدير) من سماع عيسى من الكتاب المذكور، قال ابن رشد: قول ابن القاسم في هذه الرواية مثل قوله في رسم (الكراء و الأقضية) من سماع أصبغ من جامع البيوع، وفي نوازله من التفليس خلافُ ما في كتاب الغصب من المدونة في هذه المسألة وما يشبهها أنَّه يُصدَّق إذا كان كلامه نسَقاً، وهو قول أصبغ.

ومن هذه المسألة مسألة هي أشكل منها لمعنى زائد فيها، قد مضى الكلام عليها في رسم (كتب) من سماع ابن القاسم من الأيمان بالطلاق، وهي قول الرجل لامرأته: "أنت طالق البتة، أنت طالق البتة، أنت طالق البتة إنْ أذنتُ لك إلى أهلك، وقد كانت سألته الإذن أو لم تسأله إياه...".

المشدالي: الذي وقع في الرواية المذكورة أنها سألته الإذن، فلما أجابها بما ذَكَرَ، قيل له: قد طلقَت عليك، فقال: "إنما أردت أن أُسمعها وأردد اليمين عليها، ولم أقطع كلامي"، فقال مالك: "ما أظنها إلا بانت منه"، وقد ألبس، وفيه ما ترى من الإشكال، وما هو بالبين.

قال ابن القاسم: أرى أن يحلف ما أراد إلا الإسماع، ثم لا شيء عليه.

ابن رشد: الواجب فيها على المشهور مِن رَعْي البِساط أن لا يلزمه طلاقٌ ولا يمينٌ؛ لأنها لما سألته الإذن إلى أهلها دلَّ على أنه إنما أراد أن يحلف أن لا يأذن لها فيما سألت الإذن فيه، لا تبتيتَ الطلاق إذ لم تسأله ذلك، ولو سألتهُ إياه فأجابَها بما وقع في الرواية للزمته الثلاث اتفاقاً، ويُعدُّ نادماً، وإنما يصح هذا الخلاف على القول بعدم رعي البساط في الأَيْمان.

وقد وقعت هذه المسألة في رسم (سلف) من سماع عيسى معراةً عن البساط، وقال مالك فيها: (إن الطلاق قد لزمه؛ أُذِن لها أم لا).

=

=

ودَيّنَه ابنُ القاسم مع يمينه، كقولها هنا.

وعلى مذهبه في المدونة؛ لا يمين عليه، فقد قال فيها: (مَن قال أنت طالقٌ، أنت طالقٌ، أنت طالقٌ إن دخلتِ الدار) أنه يُنَوَّى إن دخلَتْ في أنه إنما أراد واحدةً؛ فلم ير عليه طلاقاً إلا إن دخلت الدار.

وذلك على أصله فيها فيمن أقر ببقعة وقال: البنيان لي، أو بالخاتم وقال: الفصُّ لي؛ أنه يصدق إن كان الكلام نسَقاً.

وروى عنه أصبغ في التفليس - فيمن قال: لفلان عليَّ ألف وعلى فلان وفلان - أنه تلزمه الألف.

وقال أصبغ: لا يلزمه إلا ثلث الألف إذا نسق كلامه.

فرواية أصبغَ هذه عنه على قياس قول مالك في مسألة الطلاق، وقوله على قياس قول ابن القاسم في المدونة.

وإيجابُ ابن القاسم عليه اليمين استحسانٌ مراعاةً للخلاف، وهو أحسن الأقوال وأولاها بالصواب عند عدم البساط. والله أعلم.



كتاب الاستحقاق



كتاب الاستحقاق

قال ابن القاسم: وأما إن سكنها الوارث، أو زرع فيها لنفسه، ثم طرأ له أخ لم يعلم به؛ فالاستحسان أن لا رجوع لأخيه عليه بشيء، بخلاف الكراء، إلا أن يكون به عالماً؛ فيغرم له نصف كرائها[1].

قوله: **(الاستحسان أن لا رجوع لأخيه).**

المتيطي وغيره: إذا اغتل الحبسَ بعضُ أهل الحبس، وهو يرى أنه منفرد به أو سكنه؟ فقيل: لا يرجع عليه؛ لا بالغَلَّة[2]، ولا بالسكنى؛ وهي رواية ابن القاسم.

وقيل: يرجع عليه؛ وهو القياس.

وقيل: يرجع في الغلة، لا السكنى[3].

---

(1) التهذيب للبراذعي: 105/4.

(2) في (ش): (فالغلة).

(3) المشدالي: الرواية التي أشار إليها المتيطي عن ابن القاسم هي ثالث مسألة من سماعه من كتاب الهبات والصدقات، فلنأت بها مع كلام ابن رشد فإن فيها فوائد:
قال: قال مالك في الرجل يتصدق بصدقة من نخل أَوْ غلة على ولده، فرأى الذكور أنَّ النساءَ لا حق لهن فيه، فاقتسموها بينهم زماناً، ثم علِم النساء أنَّ لهن في ذلك حقاً فطلبن ذلك. قال: "يأخذن فيما يستقبلن، ولا يكون لهن فيما مضى من الغلة شيء".
قال ابن القاسم: وهو رأيي، ونزلتْ؛ فرأيتُ ذلك، وأنَّها بمنْزلة ما قال لي مالك - في الدار يرثها الولد فيسكنون فيها الزمان ثم يَرِدُ ولد آخر لم يكنِ الساكنون علموا به -:

أنه لا شيء له فيما سكنوا.

قال سحنون: أخبرني ابن زياد عن مالك أن الغائب يرجع على الحاضرين بكراء حصته لما سكنوا، علِموا أن ثَمَّ وارثاً، أو لم يعلموا، ومحمل الغلة عندي محمل السكنى.

ابن رشد: قول مالك - هنا - أن النساء يدخلن فيما يستقبلن، ولا شيء لهن في الماضي، معناه في الصدقة المحبسة لا في الصدقة المبتولة على ولده بأعيانهم ذكورهم وإناثهم.

ووافقه ابن القاسم على ما قاله في السكنى في غير الحبس، والغلة في غير الحبس، مخالفة عنده، وعند مالك للسكنى، يجب لمن جهل حقه فيها أن يأخذه فيما مضى وفيما يستقبل، وذلك نص قول ابن القاسم في المبسوطة.

وخالفتْ روايةُ ابن زياد روايةَ ابن القاسم في السكنى في غير الحبس، فرآه في رواية عليٍّ؛ كالغلة في غير الحبس، ورآه في رواية ابن القاسم كالغلة في الحبس، فيتفق في الغلة في غير الحبس على أنه يأخذ حقه في الماضي والمستقبل، ويتفق في السكنى في الحبس أنه لا شيء له في الماضي، بل لا يأخذ فيما يستقبل إلا ما فضل عن الساكن؛ لأن حكم السكنى في الحبس أن لا يخرج أحد لأحد، ويختلف في الغلة في الحبس وفي السكنى في غير الحبس على قولين:

- أحدهما: أنه لا شيء له إلا فيما يستقبل؛ وهو قول ابن القاسم وروايته عن مالك.
- والثاني: أنه يأخذ حقه في الماضي والمستقبل، وهو الآتي على رواية ابن زياد في غلة الحبس.

ونص قوله في السكنى في غير الحبس: والفرق على قول ابن القاسم بين الحبس وغيره في الغلة أن الحبس إنما يقسم على المحبس عليهم بالاجتهاد ويفضل فيه فقيرهم على غنيهم، ومن مات منهم قبل طيب الثمر أو قبل القسم، وإن كان بعد الطيب - على الخلاف في ذلك - سقط حقه ورجع على بقيتهم؛ إذْ ليس حقه فيه ثابتا، بخلاف الملك الذي يعرف حق كل واحد من الإشراك ويورث عنه، طاب أو لم يطب، أُبِّرَ أو لم يؤبَّر، والفرق عنده بين السكنى والغلة هو ما قاله في المدونة من أنه إنما سكن ولم

وفي مسائل ابن زرب: ومن ادعى ابتياع دارٍ من رجلٍ، وأنكره ربُّ الدار، ولم تقم للمدعي بينة، فإنه يؤخذ بكرائها[1] جبراً.

فقال له ابن دحُّون: أليس الغلة بالضمان؟

فقال: ليس بمثل هذا هو[2] مقر بأن الدار كانت للقائم، ويزعم أنه ابتاعها، ولم يثبت ذلك له، فربُّها مخيَّرٌ يرجع عليه بالغلة.

ابن سهل: هذا الذي قاله القاضي قد سمعتُ بعضَ شيوخنا يقوله؛ وهو دليل ما في الشفعة من المختلطة[3].

=

يعلم بأخيه، ولو علم لكان في حظِّه ما يكفيه، فلم ينتفع بحظ أخيه بشيء أخذه، والغلة بخلاف ذلك.

(1) في الأعلام بنوازل الأحكام: (بخراجه).

(2) قوله: (هو) زيادة من (ع).

(3) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، ص: 317.

وزاد المشدالي بعده: وفي المدارك قال عياض: وقفْتُ لابن أبي الهيثم من فقهاء مالَقة وكبرائها على جواب في مسألة غائب عن ماله مدة من الزمان، فلما انصرف وجده عند أقوام ادَّعَوُا ابتياعه، ولم يثبت لهم ذلك، وطلب ربُّ الأرض منهم الغلة؟

فقال: إذا ثبت الأصل للغائب ولا يعلم شهوده أنه فوته، ولم يعلم شراء من وجد بيده إلا بقوله، فاختلف فيه قول مالك وقول أصحابه، فمرةً قالوا: يحمل على الشراء حتى يتبين خلافه، ومرة قالوا: هو كالغاصب تلزمه الغلة حتى يعلم الشراء، وخالفه أبو علي حسون؛ فقال: لا نعلم خلافاً فيمن استحق من يده شيءٌ أن لا رجوع عليه بغلة، وإنما يجب الرجوع بالغلة على الغاصب.

المشدالي: إن كان معنى المسألة أنَّ المستحق من يده اعترف أن الملك لقائم، وزعم أنه اشتراه منه فهي مسألة ابن زرب المتقدمة، وإن لم يقر الحائز بذلك، وادعى أنه اشترى من سوق المسلمين فالصواب ما قاله أبو علي.

=

قلتُ: ويشهد لقول القاضي هنا، ما في أوائل القذف من المدونة إذا أقر بوطء أمة، وادعى أنه ابتاعها. المسألة[1].

قال ابن القاسم: والموهوب لا يكون في عدم الواهب أحسن حالاً من الوارث، ألا ترى أن من ابتاع قمحاً فأكله، أو ثياباً فلبسها حتى أبلاها، أو شاة فذبحها وأكل لحمها، ثم استحق ذلك رجلٌ أن له على المبتاع مثل طعامه، أو قيمة ما لا مِثلَ له من الثياب وغيرها[2].

قوله: **(أوَ لا ترى أن من ابتاع قمحاً...)** إلى آخره.

قال ابن عرفة: هذا القياس غير صحيح من وجهين:

الأول: أنه احتجاج برد الأعيان المغصوبة على الغلات من عند الموهوب، وقد اختلف فيها كثيراً، ولا خلاف[3] في رد الأعيان، فلا يلزم من ردها رد الغلات.

الثاني: أن المشتري لا ضرر عليه، إنْ ردَّها؛ رجع بالثمن بخلاف الموهوب.

ومن ابتاع أمة فوطئها وهي ثيب، أو بكر فافتضها، ثم استحقت بملك أو حرية؛ فلا شيء عليه للوطء، ولا صداق، ولا ما نقصها[4].

= وانظر المتيطي في سادس فصل من ترجمة ما جاء في الدار تُكرى بسكنى أخرى من كتاب الأكرية فإنه أشار إلى مسألة ابن زرب وعقبه بكلام ابن سهل ولم يزد شيئاً.

(1) انظر: المدونة (زايد): 8/11، و(السعادة/صادر): 16/203.

(2) التهذيب للبراذعي: 4/109-110.

(3) قوله: (ولا خلاف) يقابله في (ع): (وقد اختلف).

(4) التهذيب للبراذعي: 4/111.

قوله: **(ثم استُحِقتْ بملكٍ أو حريةٍ...)** المسألة.

أخذ ابن سهل من هنا أنَّ مَنْ ورث مالاً، ثم استُحق بحبس؛ أنه لا يرد الغلة؛ لأنه لم يضمن شيئاً[1].

وردَّه شيخنا في مختصره بقوله: يرد بأن الغلة أشد من الانتفاع، قاله ابن القاسم في الأخوين أوَّل استحقاقها[2].

قلتُ: قال في المقدمات في قولها: **(إذا جحد العتق)**؛ وعلى هذا اختلف فيمن ابتاع أرضاً فاستغلها، ثم استحقت بحبس؛ قيل: يرد الغلة، وقيل: لا[3].

المتيطي: وبعدم الرد جرى العمل عندنا.

والرد هو ظاهر قول[4] ابن القاسم في المدونة؛ لأنه علَّق الغلة بالضمان[5].

قلتُ: وسئل اللؤلؤي عمن حُبِّس عليه حبس[6] فباعه، والمشتري عالم بأنه حبس أم لا، فاستغله مدة، ثم نقض البيع لما عثر عليه، فهل يرد الغلة؟ أم لا؟.

---

(1) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، ص: 588.

(2) انظر: مختصر ابن عرفة: 215/أ.

(3) انظر: المقدمات الممهدات: 2/ 151 و152.

(4) في (ع): (مذهب).

(5) المقدمات الممهدات: 2/ 507.

(6) قوله: (حبس) ساقط من (ش).

قال: لا[1]؛ لأنه قد علم البائع؛ فهو هبة منه للغلة إلا أن يكون له شريك، أو يكون الحبس معقباً؛ فلشريكه[2] نصيبه من الغلة.

وانظر المتيطي[3]، والطرر[4].

ولو اشترى صبرة القمح، وصبرة الشعير على الكيل، على أن كل قفيز بدينار؛ لم يجز البيع[5].

قوله: (**ولو اشترى صُبرة قمحٍ وصُبرة شعير...**) المسألة.

قال ابن العطار: إذا باع أرضاً بيضاء على التكسير، وفيها الجيد والرديء؛ لاَ يجوز حتى يعرف قدر الجيد من الرديء.

فتدبَّرْه؛ كقولها[6] هٰهنا في مسألة الصبرتين[7].

ومن ادعى شيئاً بيد رجل، ثم اصطلحا على الإقرار على عرض، فاستحق ما أخذ المدعي، فليرجع على صاحبه ويأخذ منه ما أقر له به

---

(1) قوله: (لا) ساقط من (ع).

(2) في (ش): (فللشريك).

(3) المشدالي: انظره في ترجمة وثيقة تسجيل القاضي بحبس ثبت أصله في النصف الثاني منه.

(4) المشدالي: انظره نوازل ابن سهل فإنه أشار إلى مسألة اللؤلؤي، وأنها نزلت بقرطبة، وأنَّ غيره خالفه.

(5) التهذيب للبراذعي: 4/115.

(6) في (ش): (كقوله).

(7) انظر: المدونة (زايد): 9/383، 384، و(السعادة/صادر): 14/388، و(العلمية): 4/204.

إن لم يفت، فإن فات بتغير سوق أو بدن، وهو عرض أو حيوان أخذ قيمته، وإن كان الصلح على الإنكار فاستحق ما بيد المدعى عليه، فليرجع بما دفع إن لم يفت، فإن فات بتغير سوق أو بدن، رجع بقيمته. ومن كان له على رجل مائتان، فصالحه على أن يترك له مائة، وعلى أن يأخذ منه بالمائة الباقية عبده ميموناً؛ فذلك جائز[1].

قوله: **(عبده ميموناً)**.

المتيطي: قولنا: **(ابتاع منه جميع الدار)** أولى من إضافتها إلى البائع، فيقال: **(جميعَ داره)**، وكذا جميع ما يباع، لما وقع في ذلك من الخلاف؛ فقد ذكر بعضُ الموثقين أنه إذا أضيف شيء من ذلك إلى البائع، ثم استُحِق من يد المشتري أنه لا رجوع له على البائع؛ لأن في[2] إضافة ذلك إلى البائع إقرارٌ من المبتاع بتحقيق تملك البائع لما باع؛ فهي مصيبةٌ بالمبتاع، [60/ب] ورجع به المشتري على بائعه.

ابن الهندي: الذي تدل عليه الأصول[3]: من[4] المبتاع.

وقال غيره من الموثقين: الإضافة وغيرها استحقاقٌ رجع به المشتري على بائعه.

ابن الهندي: الذي تدل عليه الأصول أن قول الموثق: جميعَ الدار التي لا

---

(1) التهذيب للبراذعي: 116/4.

(2) قوله: (في) ساقط من (ش).

(3) قوله: (بالمبتاع، استحقاق، ورجع به المشتري على... الأصول) ساقط من (ع).

(4) قوله: (من) ساقط من (ش).

يمنع المبتاع[1] من الرجوع في الاستحقاق.

قال غير واحد: وهذا الصواب، ولو صرَّح المبتاعُ بملكية البائع لما باعه ثم استحق من يد المبتاع[2] ففي رجوعه روايتان:

ابن العطار: وبالرجوع القضاء.

ابن عبد السلام: الأصحُّ من القولين عدمُ الرجوع.

المتيطي: الرجوع هو اختيار الشيوخ بالأندلس، وهو دليل المدونة في مسألة ميمون هذه بقوله في المدونة: **(على أن أخذ منه عبده ميموناً)**[3]؛ كقول الموثق: ابتاع منه داره.

انظر تمامه.

ولم نغادر ما للمازري في هذا المعنى، وابن رشد في نوازل سحنون؛ والقصد تنبيه المعتني بأسرار العلم[4].

---

(1) قوله: (وقال غيره من الموثقين الإضافة وغيرها سواء... المبتاع) ساقط من (ش).

(2) قوله: (بملكية البائع لما باعه ثم استحق من يد المبتاع) ساقط من (ش).

(3) انظر: المدونة (زايد): 9/285، و(السعادة/صادر): 14/324، و(العلمية): 4/155.

(4) المشدالي: قال ابن رشد: شراء الرجل الدار أو الأرض لا يخلو من أربعة أوجه:

- أحدها: أن يكون المبتاع مقرا للبائع باليد والملك.
- والثاني: لا يقر له بواحد منهما.
- والثالث: أن يقر له بالملك فقط.
- والرابع: عكسه.

فالأول لا يلزم البائع أن يحوزه وأن يسلمه وينْزله فيه، وإن دفعه دافع عن النُّزول، أو استحق منه بعد النُّزول، فهي مصيبةٌ نزلت به على قول سحنون هذا.

=

قال ابن الهندي: إنما احتيج إلى إقرار المملوك - عند أصبغ - بالملك[1] والرق، من جهة الاستحقاق بالحرية، فقد تثبت حريته يوماً ما، والبائع عديم، والمملوك ذو مال، فإن المشتري يرجع عليه بالثمن؛ لأنه غرَّه من نفسه[2].



=

والصواب أنه يلزمه أن ينْزله في المبيع وأن يسلمه إليه، كما إذا كان مقراً له بالملك دون اليد، خوفَ أن ينهض لينْزل فيه فيمنعه وكيلُه أو أمينُه عليه من النّزول فيه، ويقول: لا أدري أصدقٌ ما يدعيه من الشراء؟ أم لا؟

فإن نزل فيه وصار بيده على الوجهين فاستحقه منه مستحق كانت مصيبةً نزلت به على قول سحنون.

انظر تمامه في العاشرة من نوازل سحنون من جامع البيوع.

(1) قوله: (أصبغ بالملك) زيادة من (ع).

(2) انظر: الأحكام، للمالقى، ص: 256.





كتاب القسمة



كتاب القسمة

قال مالك: ومن باع من رجل مورثه من هذه الدار، فإن عرفا مبلغه؛ جاز، وإن لم يسمياه، وإن جهله أحدهما أو كلاهما؛ لم يجز، وإن تصدق بذلك أو وهبه؛ جاز، وإن لم يسمه[1].

قوله: **(وإن جهله أحدهما...)** المسألة.

قلتُ - وصوَّبَه شيخنا أبو عبد الله وغيره -: زعم غير واحد من المغاربة أن القولين في جهل أحد المتبايعين، يقومان من المدونة، من مواضع منها ما هنا، ومسألة الصَّبرة الواقعة في التجارة لأرض الحرب؛ وهو غير صحيح؛ لأن الجهل هناك مصحح؛ لأنه هو المطلوب في بيع الجزاف، وهنا لا، ألا ترى أن صحته هناك مع جهله[2] وعدمه هنا!

وإن ورث رجلان دارَين، فباع كل واحد منهما من صاحبه نصيبَه في إحداهما بنصيب الآخر في الأخرى، فإن عرف كل واحد نصيبه ما هو من نصيب صاحبه؛ جاز وإن لم يسمياه، وكذلك إن رضيا بأن يأخذ أحدهما بمورثه نصف إحدى الدارين وثلث الأخرى، ويسلم بقيتهما لصاحبه، فإن جهل أحدهما مبلغ حقه منهما؛ لم يجز، كما لا يجوز صلح الزوجة على مورث لها في دار لا تعلم مبلغه[3].

---

(1) التهذيب: 4/175.

(2) في (ش): (جهلها).

(3) التهذيب: 4/175- 176.

قوله: **(كما لا يجوز صلح الزوجة).**

القياس أحرَوي؛ لأنه إذا امتنع في الصلح الذي يغتفر فيه بعض ما امتنع في البيوع، فأحرى ما أصله المكايسة.

ومن اشترى من رجل ممراً في داره من غير أن يشتري من رقبة البنيان شيئاً؛ جاز ذلك[1].

قوله: **(ممراً في داره...)** المسألة.

قلتُ: وهٰهنا بحثٌ - يوجب إشكالاً في المسألة - تقريرُه أن يقال: المُشترى إما عين، فالمصطلح عليه بيعٌ، وإما[2] منافع، فالمصطلح عليه إجارةٌ أو كراء، وهو في مسألتنا منافع، وكل إجارة أو كراء لا بد فيهما[3] من الأجل، فيلزم على هذا فساد مسألة المدونة،و هذه ضرورة كون المنافع مشتراة غير مؤقتة.

أجاب شيخنا ابن عرفة: بأنَّ بيع المنافع على قسمين:

منافع يبقى معها التصرف في أصل ما تستوفى منه للمكري.

ومنافع لا يبقى معها تصرفٌ ببيعٍ أو تحبيسٍ أو هبةٍ.

فالأول: هو الذي يشترط الأجل في منافعه.

والثاني: لا[4]؛ لأنه لما لم يبق له شيء؛ صار كأنه كالمشترى للأبد، فكان

---

(1) التهذيب: 176/4.

(2) في (ش): (أو).

(3) في (ش): (فيها).

(4) قوله: (لا) ساقط من (ع).

شبيهاً ببيع العين؛ فلذا صحَّتْ، ولم تفتقر لضرب الأجل.

وأما الأشجار: فإن كانت مختلفة، مثل تفاح ورمان وأُترج وغيرها، وكلها في جنان واحد؛ فإنه يقسم كله مجتمعاً بالقيمة، كالحائط يكون فيه البرني، والصيحاني، والجعرور، وأصناف التمر، فإنه يقسم على القيمة، ويجمع لكل واحد حظه من الحائط في موضع[1].

قوله: **(وأما الأشجار)** ثم قال: **(كالحائط)**.

قلت: في هذا[2] القياس نظرٌ؛ لأنه قاس ضم الأجناس على الأنواع في البَرْني والصيحاني، وقد علمت أنه لا يلزم من ضم الأنواع ضم الأجناس.

قيل: فمن ادعى في دار بيد غائب أنه وارثها مع الغائب، أو أنها لأبيه؛ لا حق للغائب فيها، وأقام بينة؟ قال: سمعت من يذكر عن مالك أنه لا يقضى على الغائب في الدور[3].

قوله: **(قيل: فمن ادّعى في دارٍ)**.

قلتُ: قد كفانا شيخُنا في مختصره وجهَ اختصارها.

قال ما نصه: اختصرها أبو سعيد لعدم مطابقة الجواب للسؤال؛ وهذا لأن لفظ السؤال إنما دل على[4] سماع البينة على الغائب حال غيبته فيما ادَّعيَ

---

(1) التهذيب: 4/179.

(2) قوله: (هذا) ساقط من (ش).

(3) التهذيب: 4/181.

(4) في (ش): (عن).

عليه، فأجابه بعدم الحكم عليه.

وسماع البينة عليه ليست نفس الحكم عليه، ولا أعم منه، بحيث يستلزم نفيُه نفيَها؛ بل هي أخص منه مطلقاً، أو من وجهٍ باعتبار وجودهما، لا باعتبار صدق أحدهما على الآخر؛ لأنهما[1] بهذا الاعتبار متباينان. اهـ[2].

المتيطي: وفي أسئلة أبي عمران وابن عبد الرحمن أن الحكم على الغائب الذي هو في عمل غير عمالة الحاكم؛ جائزٌ إذا كان الغائب في موضعٍ الحكمُ ما يحكم عليه فيه؛ لأنه إنما حَكَم في شيء تحت حكمه، وفي بلده الذي وَلِيَ النظر فيه، وإنما الذي لا يجوز حكمه عليه: لو كان المحكوم عليه لا مال له ببلد الحاكم؛ لأنه يصير[3] حينئذ حاكماً على من لم يوَلَّ عليه، ولا مال له بالمكان الذي وُلِّيَ عليه.

المتيطي: والحكم على الغائب إذا دخل مِصراً من الأمصار واجبٌ إذا ظهر عليه حق، ولو كان - في أصله - من غير البلد الذي استُقضيَ عليه؛ لأنه لما دخل المصر الذي فيه القاضي صار من أهله، وممن[4] تنفذ فيه أحكام قاضيه.

قال ابن القاسم:... ولا يقسم شيء مما في رؤوس الشجر من الفواكه والثمار بالخرص، وإن اختلفت فيه الحاجة، إلا في النخل والعنب إذا

---

(1) في (ع): (أنهما).

(2) انظر: مختصر ابن عرفة: 486/ب.

(3) قوله: (لأنه يصير) ساقط من (ش).

(4) في (ع): (ومن).

حل بيعهما، واختلفت حاجة أهلهما كما ذكرنا؛ لأن أمر الناس إنما مضى على الخرص فيهما خاصة[1].

قوله: **(لأن أمر الناس مضى على الخرص...) المسألة.**

قال في تعليقة القابسي: قال البراذعي: انظر! لم يُجز الخرص في الفواكه؛ لأنه لا يمكن فيها خرص، وهو يجيز شراء العرية[2] من الفواكه بخرصها، فقد رأى أن الخرص فيها[3] معلومٌ ليس بخاص بالنخل والكرم.

قال أبو عمران: العرايا فيها الرخصة، فكانت جائزة مطلقاً.

وقال أشهب: يجوز قسم الفواكه بالخرص[4].

وفي العرايا من كتاب محمد: لا يجوز شراء العريَّة بخرصها إلا في النخل والكرم.

قال أبو محمد: فالمسألتان سواء، وفي هذا الأصل خلاف.

ولا يجوز قسم اللبن في الضروع؛ لأن هذا مخاطرة. وأما إن فضل أحدهما الآخر بأمر بيّن - على المعروف - وكانا إن هلك ما بيد هذا من الغنم؛ رجع فيما بيد صاحبه؛ فذلك جائز؛ لأن أحدهما ترك للآخر فضلاً بغير معنى القسم[5].

---

(1) التهذيب: 4/183.

(2) في (ع): (العارية).

(3) قوله: (فيها) ساقط من (ش).

(4) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 5893.

(5) التهذيب: 4/187-188

قوله: **(وكانا إن هلك ما بيد هذا من الغنم...)** المسألة.

قال شيخنا أبو عبد الله: هذه الزيادة توجب إشكالاً في المسألة؛ فإن الذي يقتضيه تجويزه لها على معنى الفضل؛ عدم رجوع أحدهما على الآخر في لبن من بقي؛ إذ لا يتحقق الفضل الكامل إلا[1] كذلك.

وإذا ادعى أحد الشركاء بعد القسم غلطاً، مضى القسم ويحلف المنكر، إلا أن تقوم للمدعي بينة، أو يتفاحش الغلط فينق[2].

قوله: **(وإذا ادعى أحد الشركاء غلطاً)**.

ابن قتيبة - ونحوه للمتيطي -: الغلط في الكلام، وإن كان في الحساب فهو غلت[3].

ابن السيد في الاقتضاب: هذا الذي قاله هو الأشهر، وقد جاء الغلط في الحساب.

والوجه أن يقال: الغلط عام في كل شيء أخطأ الإنسان[4] وجهه عن غير تعمد ولا قصد.

والغلت في الحساب وحده.

قلتُ: قال - في العين -: غَلِطَ يغلط[5] غَلَطاً إذا عني بالشيء فلم يصب.

---

(1) في (ش): (فى).

(2) التهذيب: 4/ 191.

(3) انظر: أدب الكاتب، لابن قتيبة، ص: 202.

(4) قوله: (الإنسان) يقابله في (ش): (ألا ترى).

(5) قوله: (يغلط) ساقط من (ش).

فظاهره سواء كان في الكلام أو الحساب أو غيره، وقد[1] غلت في الحساب غلتاً، بمعنى غلط، ولا يقال إلا في الحساب.

وأما الغلث[2] بالثاء المثلثة هو بمعنى الغلط.

يقال: غلثت الطعام خلطته.

وإذا انقلعت نخلة لك في أرض رجل من الريح، أو قلعتها أنت؛ فلك أن تغرس مكانها نخلة أو شجرة من سائر الشجر، تعلم أنها لا تكون أكثر انتشاراً، ولا أكثر ضرراً في الأرض من النخلة الأولى[3].

قوله: **(أو قلعتها أنت).**

قال شيخنا: من الشيوخ من يقول: هذا إذا [61/أ] قلعها لمنفعة، وإلا فلا مقال له في مكانها ليغرس فيه أخرى، ولرب الأرض منعُه.

ومن الشيوخ من يقول: ظاهرُه: مطلقاً[4]، وهو ظاهر المدونة.

قلتُ: يشهد للأوَّلَين ما لعياض في كتاب الشفعة في دليل قولها: **(لو هدمه المبتاع ليبنيه أو يوسع...)** المسألة[5].

ومن هلك وعليه دين، وترك داراً؛ بيع منها بقدر الدين، ثم قسَّم الورثة باقيها، إلا إذا أخرج الورثة الدينَ من أموالهم، فتبقى لهم الدار

---

(1) في (ع): (وقال).

(2) في (ع): (غلث).

(3) التهذيب: 4/192.

(4) قوله: (ليغرس فيه أخرى، ولرب... مطلقا) ساقط من (ع).

(5) انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2408.

فيقتسمونها. وإن هلك وعليه دين، وترك دوراً ورقيقاً، وصاحب الدين غائب، فجهل الورثة أن الدين قبل القسمة، أو لم يعلموا بالدين، فاقتسموا ميراثه، ثم علموا بالدين؛ فالقسمة ترد حتى يُوفى الدين إن كان ما اقتسموا قائماً. وإذا جُني على الرقيق بعد القسم قبل لحوق الدين؛ فإن جميعهم يتبع الجاني؛ لانتقاض القسم بلحوق الدين. وإذا قسم القاضي بينهم؛ لم يأخذ منهم كفيلاً بما لحق من دين، فإن قسم القاضي بينهم، ثم طرأ دين؛ انتقض القَسم، كقسمتهم بغير أمر القاضي وهم رجال[1].

قوله: **(فالقسمة ترد...)**، وقال بعدَه: **(انتقض القسم)**.

يقيِّده ما قبلهما[2] من قوله: **(إذا أخرج الورثة الدين)**، فظاهر المدونة أن الحق للآدمي، فإذا أُدِّيَ؛ بقيَتْ القسمة على حالها، ولو كان حقاً لله؛ لفُسخت مطلقاً.

ومن هلك وترك متاعاً وحلياً؛ قسم المتاع بين الورثة بالقيمة، والحلي بالوزن[3].

قوله: **(وترك متاعاً وحلياً...)** المسألة.

يؤخذ منه ثلاثة أمور:

ما ذكره المغاربة من جواز القُرْعة في الزريعة إذا استوت الأسهم، وكذا في جميع المدخرات.

---

(1) التهذيب: 4/193-194.

(2) في (ش): (قبلها).

(3) التهذيب: 4/198.

ابن رشد: لا تجوز في المكيل والموزون[1].

الباجي: لا تكون في المكيل والموزون.

الثاني: كون الحلي مثلياً[2].

الثالث: مثل مسألة الصرف فيما أخذ منها ابن عبد السلام من جواز رد أحد الشريكين في الدينار.

ولا تجوز قسمة الأب على ابنه الكبير وإن غاب، ولا الأم على ابنها الصغير إلا أن تكون وصية، ولا الكافر على ابنته المسلمة البكر، كما لا يجوز له تزويجها. ويجوز قسم ملتقط اللقيط عليه[3].

قوله: **(وتجوز قسمة الملتقط).**

أخذوا منه أن الحاضن كالوصي في جميع أموره، وهو قول عبد الملك.

المغربي: وهذه رواية جيدة لأهل البوادي.

لو وثب على تركة أخيه، وولده بغير إيصائه؛ فهو كالأجنبي[4].

قوله: **(على تركة أخيه...) المسألة.**

قال في الطراز[5]: من هلك عن أطفال، ولهم أم غير وصية تبيع حقاً لهم

---

(1) انظر: المقدمات الممهدات، لابن رشد: 2/246.

(2) قوله: (مثليا) ساقط من (ش).

(3) التهذيب: 4/203.

(4) التهذيب: 4/203-204.

(5) في (ع): (الطرر).

من رجل فيغتَلُّه، فيبلغ الأولاد، فإن كانت الأم تقوِّم وتحوِّط وتنظر[1]؛ فالغلة للمبتاع[2].

ومن قول مالك فيمن ابتاع عبداً كاملاً، فاستحق أيسَرَه؛ أن له رده كله لضرر الشركة، أو يحبس ما بقي من العبد بحصته من الثمن. قال ابن القاسم: والمستحق في مسألتك يأخذ الربع من جميع ما باع المبتاع ومما أبقى، ثم للمبتاع الثاني أن يرجع من ثمنه على بائعه بقدر ما استحق من العبد من حصته، أو يرد بقية صفقته إن شاء، ويخير المشتري الأول أيضاً كما وصفنا[3].

قوله: **(قال ابن القاسم: والمستحق في مسألتك...)** إلى آخره.

قال ابن عرفة: لقائل أن يقول: القياس والاستدلال ليس بظاهر؛ لأنه لا

---

(1) قوله: (وتنظر) زيادة من (ع).

(2) المشدالي: إنما كانت الغلة للمبتاع من أجل الشبهة التي أبعدته عن أن يكون كالغاصب، كما قال سحنون فيمن باع سلعة تُعْرف لرجلٍ، وزعم أنه وكيله على البيع، وغاب، ولا يعرف ذلك إلا بقوله، فاشترى وهو يعلم أن الدار للغائب، ثم قدم الغائب فأنكر، فإن كان البائع يقوم في الدار وينظر ويعمل حتى تثبت له شبهة الوكالة؛ فالغلة للمبتاع، وإن لم تكن له شبهة - كما قلنا - فالمشتري كالغاصب.
انظر الطرر في ترجمة بيع الوكيل في السدس الأول من البيوع.
وما حكاه عن سحنون حكاه عنه اللخمي أيضاً، وأشار الشيخ أبو الحسن إلى أنه قائم من كتاب الأيمان من المدونة، وذكره أيضا أبو محمد في كتاب الاستحقاق من النوادر، ونبَّه عليه ابن عرفة في كتاب الغصب من المختصر.

(3) التهذيب: 4/207.

يلزم من قبول حجة المستحق من يده في مسألة مالك، فيحل[1] عن نفسه لضرر الشركة التي لم يدخل عليها قبوله في المقيسة؛ لكونه - أعني المبتاع - دخل على الشركة، إلا أن يقال: لا يلزم من رضاه بشركة واحد شركته لأكثر.

ومن اشترى مائة إردب قمح، فاستحق منها خمسون؛ خُيِّر المبتاع بين أخذ ما بقي بحصته من الثمن أو رده[2].

قوله: **(ومن اشترى مائة إردب...)** المسألة.

ابن عرفة: وعندي أنها تعارض ما في المرابحة.

تقرير[3] المعارضة أن يقال: شراء[4] الجملة إن كان مقصوداً للرغبة؛ فيلزم البيان في مسألة المرابحة، وإن لم يكن مقصوداً؛ فلا رد له هنا.

وقد قال مالك فيمن استحق أمة وقد ولدت من مبتاعها: إنه يأخذها وقيمة ولدها يوم الاستحقاق، وأخذ به ابن القاسم، ثم رجع مالك فقال: لا يأخذها، لأن في ذلك على المبتاع ضرراً لما يلحقه من العار ويلحق ولده إذا أخذت منه، ولكن يأخذ المستحق قيمتها وقيمة ولدها. قال ابن القاسم: ولو رضي المستحق بأخذ قيمتها، لم يكن للذي

---

(1) في (ع): (يحل).

(2) التهذيب: 4/211.

(3) في (ش): (تقرر).

(4) في (ش): (شرط).

أولدها أن يأبى ذلك، ويجيز حينئذ في قولي مالك جميعاً على غرم قيمتها وقيمة ولدها يوم الاستحقاق[1].

قوله هنا: **(إذا رضي المستحق أَخْذَ القيمة)** جُبِر الآخر في قول[2] مالك.

تقرير معارضتها لما في الجنايات؛ أن يقال: لا شك أن أخذ القيمة في الأم[3] فكٌّ لها من الرق، وأخذ الدية هناك فكٌّ له من القتل، والرقُّ أضعف من القتل.

وقد تقرر أن ما ثبت للأضعف؛ يثبت للأقوى، فيلزم من جبره هنا على القيمة جبره هناك على دفع الدية أَحْرَى.

وأيضاً الإجماع على حفظ النفس بقدر الإمكان، ودفع الدية ممكن، الفرق أن الحق هناك له؛ ولأنه يقول: أردتُ تطهيرَ نفسي، والحق هنا لغيره، وهو الولد والأم.

وإذا كان بين رجلين نقضٌ دون القاعة؛ جاز أن يقتسماه على تراض، أو بالقيمة والسهم، ويجبر من أباه منهم لمن أراده. فإن أراد هدم النقض، ورب العرصة غائب؛ رفعا ذلك إلى الإمام. فإن رأى شراء ذلك للغائب بقيمة النقض منقوضاً؛ فعل، وإلا تركهم، ولزم الغائب ما فعل السلطان. قيل: فمن أين يدفع الإمام الثمن عن الغائب؟ قال: هو أعلم بذلك[4].

---

(1) التهذيب: 4/213.

(2) في (ع): (قول).

(3) زاد بعده من (ع) قوله: (مثلا).

(4) التهذيب: 4/214.

قولُه: **(فإن رأى شراء ذلك للغائب...)** المسألة.

أخذوا من هنا أن الإمام يتعرض لما يُخافُ فسادُه من مال الغائب، ونحوَه قولُه في الوصايا الأول: **(وأجَّره له السلطان)**[1].

ولا بأس أن يستأجر أهل مورث، أو مغنم قاسماً برضاهم، وأجر القاسم على جميعهم ممن طلب القسم أو أباه، وكذلك أجر كاتب الوثيقة[2].

قوله: **(كاتب الوثيقة)**.

ابن سهل: لو تشاحّ الطالب والمطلوب في القِرْطاس الذي تكتب فيه النُّسَخ للإعذار؛ ففيها[3] بين الشيوخ نزاع.

ابن عتَّاب وابن دحَّون: على الطالب.

ابن القطَّان: على الذي يعذر له.

ابن سهل: هذا أحبُّ إلي[4].

المتيطي: هذا الصواب[5].

---

(1) انظر: التهذيب للبراذعي: 4/250.

وزاد المشدالي بعده: ابن عرفة - في كتاب الخيار - أشار إلى المناقضة مع هذه، ونبَّه على أجوبة الشيوخ عنها.

(2) التهذيب: 4/220.

(3) في (ع): (فيها).

(4) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام: 73.

(5) المشدالي: زاد ابن سهل: والأول ليس ببعيد في النظر. انظره في آخر ترجمة الشهادة على الخط في (حبس) من الجزء الأول.

قلتُ: ومن هذا المعنى شراء الرق في الصداق.

في الطرر: على الذي يتوثق لنفسه، وهو ولي المرأة.

ولابن سهل خلافه.

قلتُ: ونسبةُ ابن هشام قوله هنا: **(وقاله مالك في قوم...)** إلى آخره لابن بطَّال، ونَقْلُها في الطرر عن حمديس قصورٌ.





كتاب الشفعة



كتاب الشفعة

قال شيخنا - في المختصر - في حدِّها[1]: استحقاقُ شريكٍ أخذَ مبيعِ شريكِهِ بثمنه، وقولُ ابنِ الحاجب: أَخْذُ الشريكِ حصةً جبراً شراءً[2]؛ إنما يتناول أخذَها لا ماهيَّتَهَا، وهي غير أخذها؛ لأنها معروضة له ولنقيضه - وهو تركها - والمعروض لشيئين متناقضين ليس عينَ أحدهما، وإلا اجتمع النقيضان[3].

قلتُ: البحث في هذا المقام من وجهين:

الأول: في صحة جعله الترك نقيضاً للأخذ في قوله: "وهوتركها"، وفيه نظرٌ؛ لأن نقيض الأخذ لا أخذ، ومفهوم "لا أخذ" أعمُّ من التَّرك، وهذا لا شك فيه عند ذوي العقول الصحيحة.

الثاني: ما ألزمه من اجتماع النقيضين على تقدير كون المعروض لشيئين متناقضين، لو كان عين أحدهما اجتمع النقيضان؛ غير واضح.

بل إنما يلزم لو كان المعروض لشيئين عيَّنَهما معاً بقيد المعية والاجتماع.

وإنما اللازم من كون "لو كان المعروض شيئين عين أحدهما لزم كون المعروض أعم" غير أعم؛ لأن عين أحدهما لا يصدق على غيره ولا يحتمله، والمعروض مساو له، فيلزم عدم تناوله لغيره، وقد فرضناه أعم، هذا خلف.

(1) قوله: (حدِّها يقابله في (ش): (حدِّها له).

(2) الجامع بين الأمهات، لابن الحاجب: 620/1.

(3) انظر ما تقدم من كلام في حدِّ الشفعة في: مختصر ابن عرفة: 379/أ.

ألا ترى أن التصديق أعم من عارضيه اللذين هما الإيجاب والسلب، واللون أعم من البياض والسواد!

ولا يلزم من كون التصديق عينَ الإيجاب، وكون اللون عين البياض؛ تناقضٌ.

وإنما يلزم ما قلناه؛ من كونه "أعم" غير أعم.

وإنما يلزم الاجتماع على ما قررناه بقيد الاجتماع، فتأمله بالإنصاف دون الميل والاعتساف.

وإنما جرى في كلامنا البياض والسواد - وهما ضدان لا نقيضان - لأن القصد تمهيد مثال؛ لكون المعروض لشيئين لو كان عين أحدهما؛ لزم الاجتماع، حتى يتضح فيه الأمر أنه لا يلزم، فإذا فهمناه في المعروض للضدين أو الأضداد؛ فكذا النقيضان كالإيجاب والسلب.

وهذا كله إنما يحتاج إليه إذا فهمنا صدق المصدر المضاف إلى الفاعل بالفعل، كما هو مذهب الشيخ ابن سيناء، وأما إذا فهمناه بالقوة؛ فلا يتوجه اعتراض شيخنا من أصله، فافهم والله ﷻ واهب الفضائل.

وإذا كانت دارٌ بين مسلم وذمي، فباع المسلم حصته من مسلم أو ذمي؛ فلشريكه الذمي الشفعة كما لو كان مسلماً، ولو كانت بين ذميين فباع أحدهما؛ لم أقض بالشفعة بينهما إلا أن يتحاكما إلينا[1].

قوله: **(فلشريكه الذمي)**.

---

(1) التهذيب: 4/ 125.

قالوا: هذا خلاف ما في عتقها، والجامع في كلا المسألتين ذميَّان تخللهما مسلمٌ حَكَمَ بحكم الإسلام في إحداهما دون الأخرى[1].

عبد الحق: الفرق أنه إنَّما لم يقوّم؛ لأن المسلم رضي بنصيبه ناقصاً.

وقال غيره: لأنه رجع فيه.

قوله: (**إلا أن يتحاكما**). [61/ب]

في الأم: (**إلا أن يتراضيا، فأرى أن يحكم بينهم**)[2].

وناقضها عيسى بما في العتق أن العبد لو كان جميعه، أو بعضه للنصراني فأعتقه، أو بعضه؛ لم يحكم عليه. ولم يقل: إلا أن يتحاكما.

ابن رشد: إذا كان الشفيع والمشتري مسلماً؛ قضي بالشفعة لكل منهما على صاحبه اتفاقاً؛ لأنه حكم بين مسلم وذمي.

وإن كان الشفيع والمشتري نصرانيين فقط والبائع مسلم؛ فقيل: لا يُقضى بالشفعة ويردان لدينهما، وهو مثل ما في عتقها الثاني، أنه لا يقوم عليه، وقيل: يقضى بها[3].

قال شيخنا: ويؤخذ من هنا أنه ليس لشريك الذمي أن يحبس نصيبه الآخر في[4] الذمي بجامع الضرر فيهما.

---

(1) في (ع): (الآخر).

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 403، و(السعادة/صادر): 14/ 399، و(العلمية): 4/ 213.

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 12/ 80.

(4) قوله: (الآخر في) يقابله في (ت): (إلا برضى).

ومن هلك وترك ثلاثة بنين: اثنان شقيقان والآخر لأب، وترك بينهم داراً، فباع أحد الشقيقين حصته قبل القسم فالشفعة بين الشقيقين والأخ للأب سواء، إذ بالبنوة ورثوا، ولا ينظر إلى الأقعد بالبائع. ولو ولد لأحدهم أولاد ثم مات، فباع بعض ولده حصته، فبقية ولده أشفع من أعمامهم، لأنهم أهل مورث ثان، فإن سلّموا فالشفعة لأعمامهم. وإن باع أحد الأعمام، فالشفعة لبقية الأعمام مع بني أخيهم لدخولهم مدخل أبيهم. وإن ترك ابنتين وعصبة، فباعت إحدى الابنتين، فأختها أحق من العصبة، لأنهما أهل سهم واحد، فإن سلّمت فالعصبة أحق ممن شركهم بملك. ولو باع أحد العصبة فالشفعة لبقية العصبة والبنات، وكذلك الأخوات مع البنات [حكمهن] حكم العصبة، لأن العصبة ليس لهم فرائض مسماة. ولو ترك داراً بينه وبين رجل وورثته عصَبة، فباع أحدهم حصته قبل القسمة؛ فبقيتهم أحق بالشفعة من الشريك الأجنبي؛ لأنهم أهل مورثه، فإن سلَّموا؛ فللشريك الآخذ[1].

قوله: (لأنهم أهل مورث ثانٍ...) المسألة.

وهنا في هذا المقام بحث تقريره أن يقال: القول بعدم شفعة الأعمام مع الأولاد، ودخول الأولاد على الأعمام يلزم عليه أحد أمرين:

إما ترجيح أحد المتساويين بلا مرجح.

أو تقديم اللازم بوسط على اللازم بلا وسط، وهو تقديم للأضعف؛ لأن الأعمام شركاء لأب الأولاد بلا وسط، والشفعة بينهما من الجانبين على السواء

(1) التهذيب: 126/4.

فيما باع أحدهما، والأولاد شركاء للأعمام بواسطة شركة أبيهم، فكما دخلوا على الأعمام بواسطة الأب؛ فكذا يدخل الأعمام عليهم بواسطة شركة الأخ.

أو نقول: إن حلُّوا محلَّ أبيهم؛ لزم الترجيح بلا مرجح، وإلا لزم تقديم اللازم بوسط على اللازم بلا وسط.

وإذا بنى قوم في دار حبست عليهم، ثم مات أحدهم، فأراد أحد ورثته بيع نصيبه من البناء؛ فللآخرين فيه الشفعة، واستحسنه مالك، وقال: ما سمعت فيه شيئاً[1].

قوله: **(فأراد أحد ورثته بيع نصيبه من البناء).**

أبو محمد: يريد على القلع، وكذا في[2] بيع الرجلين في عَرْصة الرجل، ولا يقال: باع على أن يحل في الحبس محله؛ لأنه بيع فاسد؛ لأنه اشترى على أن يسكن الدار أمد مقام البناء فيها، وهو غرر.

ومعنى شرائه أيضاً على النقض إذا كان النقض آجرّاً كله، أو حجراً، أو خشباً من جنس واحد، حتى يكون نصيبه معلوماً.

وإذا اختلف الشفيع والمبتاع في الثمن؛ صدق المبتاع؛ لأنه مدعىً عليه، إلا أن يأتي بما لا يشبه، مما لا يتغابن الناس بمثله؛ فلا يصدق إلا أن يكون مثل هؤلاء الملوك يرغب أحدهم في الدار اللاصقة بداره فيثمنه، فالقول قوله إذا أتى بما يشبه، وإن أقاما بينة، وتكافأت في

(1) التهذيب: 4/128.

(2) قوله: (في) ساقط من (ت).

العدالة؛ كانا كمن لا بينة لهما، ويصدق المبتاع؛ لأن الدار في يده، وعهدة الشفيع على المشتري خاصة، وإليه يدفع الثمن؛ كان بائعه قد قبض الثمن أم لا[1].

قوله: **(صدق المبتاع)**.

يريد: بيمينه.

وقوله: **(فلا يصدق)**.

ابن رشد: يريد ويكون القول قول الشفيع[2].

قوله: **(وعهدة الشفيع على المشتري)**.

ابن رشد: وقع في شفعتها ما يدل أنه مخير في كتب عهدته على من شاء منهما[3].

ومن ابتاع شقصاً بثمن إلى أجل؛ فللشفيع أخذه بالثمن إلى ذلك الأجل إن كان ملياً، أو أتى بضامن ثقة مليء[4].

قوله: **(أو أتى بضامن ثقة مليء)**.

ظاهره: ولو لم يساو الشفيع في الملا. انظر: ابن رشد في سماع عيسى[5].

---

(1) التهذيب: 4/130.

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 12/63.

(3) انظر: المقدمات الممهدات، لابن رشد: 2/228.

(4) التهذيب: 4/132.

(5) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 12/76.

ومن ابتاع شقصاً من دار لها شفيعان، فسلم أحدهما؛ فليس للآخر أن يأخذ بقدر حصته إذا أبى عليه المبتاع، فإما أخذ الجميع أو ترك، وإن شاء هذا القائم أخذ الجميع، فليس للمبتاع أن يقول: لا تأخذ إلا بقدر حصتك[1].

قوله: (**ومن اشترى شِقْصاً من دار لها شفيعان**) المسألة.

عورضَتْ بها في الخيار؛ إذا اشترى رجلان سلعة بخيار[2]؛ وذلك أنه في كل واحد من المشتري هنا، والبائع هناك ملك عليه خيار متعدد دخل عليه كل منهما.

فإما أن يستلزم التجزؤ؛ فيلزم صحة أخذ أحد الشفيعين، أو لا يستلزمه؛ فيلزم بطلان تعليله هناك وحكمه.

أجيبَ بأن سبب مشروعية الشفعة؛ رفع الضرر، وهو غير مرتفع بأخذ أحد الشفيعين بخلاف مسألة الخيار.

ورُدَّ بأنه لو صح عدم تبعيض ما شرع لرفع الضرر؛ لبطل في العرية.

وأجيبَ بأن الخيار في الشفعة من قبل الشارع، وفي مسألة الخيار جُعْلي، وما بالبينة أقوى، فلا يتبعض.

وحمله أبو إبراهيم على الخلاف، فيقال: وله في الخيار خلاف ما هنا.

قوله: (**إذا أبى عليه المبتاع**).

مفهومه: لو شاء لصح.

---

(1) التهذيب: 4/132.

(2) انظر: تهذيب البرذاعي: 3/181.

وظاهر كل ما يذكر في هذا الفصل؛ أنه لا يصح ولو رضي، وأنه لا يتبعض.

وقال: المعين إذا رضي صح، وقال: هذا المعروف.

ولو اشترى ثلاثة أشقاص من دار، أو من دور في بلد، أو في بلدان، من رجل أو رجال، وذلك في صفقة واحدة، وشفيع ذلك كله واحد؛ فليس له أن يأخذ إلا الجميع أو يسلم(1).

قوله: **(فليس له إلا أن يأخذ الجميع أو يسلم)**.

أُخِذ منها أن من له حضانةُ متعددٍ أنه ليس له أخذ البعض دون البعض، ونحوه ما تقدم في كتاب الخيار.

ولو أخذ الحاضر الجميع ثم قدموا؛ فلهم أن يدخلوا معه كلهم إن أحبوا، فيأخذوا بقدر ما كان لهم من شفعتهم(2).

قوله: **(ولو أخذ الحاضر الجميع)**.

أُخِذَ منه أن الأبعد في الحضانة إذا كان حاضراً، وغاب الأقرب، وأخذ الحاضر، وقدم الغائب؛ أنه يأخذ؛ لأنه إذا جعل له الدخول هنا مع المساواة؛ فأحرى فيما لو حضر الغائب؛ سقط معه الحاضر.

---

(1) التهذيب: 4/132.

(2) التهذيب: 4/134.

وإذا أُخبر الشفيع بالثمن فسلَّم، ثم ظهر أن الثمن دون ذلك؛ فله الأخذ بالشفعة، ويحلف ما سلَّمَ إلا لكثرة الثمن[1].

قوله: **(ثم ظهر أنه ابتاعه مع آخر).**

قال شيخنا: لا يؤخذ منه أنَّ مَن اشترى نصف دار من رجل يظن أنها له خاصة، ثم ظهر أن النصف الباقي لغيره أنه يكون للمشتري مقال؛ بل لا مقال له.

ولو قال للمبتاع قبل الشراء: اشتر فقد سلمت لك الشفعة، وأشهد بذلك؛ فله القيام بعد الشراء؛ لأنه سلم ما لم يجب له بعد[2].

قوله: **(اشتر فقد سلمت لك).**

ابن رشد: وكذا لو قال: "إن اشتريت"، ألا ترى أن رجلاً غنياً لو قال: "أشهدكم أني لو افتقرت لم آخذ من الصدقات شيئاً"؛ لم يلزمه.

ونحوها مسألة الأمة القائلة: "أشهدكم أني إن عتقت، فقد اخترت نفسي"؛ أنه لا ينفع، وفي الحرة؛ يلزم[3].

قلتُ: وهي مسألة "أتعرف دار[4] قدامة"، وفي الفرق بينهما صعوبة.

قوله: **(سلم ما لم يجب له بعد).**

---

(1) التهذيب: 4/134-135.

(2) التهذيب: 4/135.

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 5/239،240.

(4) قوله: (دار) ساقط من (ت).

قال لي شيخنا أبو عبد الله: الفتوى عندنا فيمن خالع زوجته على أن تسقط هي وأمها الحضانة؛ أنها لا تسقط في الجدة؛ لأنها أسقطَت ما لم يجب لها، كقولها هنا.

ومن اشترى شقصاً بألف درهم، ثم وضع عنه البائع تسع مائة درهم بعد أخذ الشفيع أو قبل، نظر، فإن أشبه أن يكون ثمن الشقص عند الناس مائة درهم إذا تغابنوا بينهم، أو اشتروا بغير تغابن؛ وضع ذلك عن الشفيع[1].

قوله: **(وضع ذلك عن الشفيع)**.

المتيطي: على الشفيع أجرة الدلاَّل، وكاتب عقد الشراء، وثمن ما كتب فيه، يدفع ذلك كله للمبتاع؛ لأنه بذلك توصل للشراء.

قلتُ: نحوه لابن عتَّاب وابن القطان وابن مالك[2].

ابن سهل: وسألتُ ابن مالك عن العلة في ذلك، فلم يأت بحجة غير قوله: "بذلك توصل إلى الشراء".

قال ابن مالك: أرأيت ما أحدث في الشِّقْص؛ أليس يلزم الشفيع غرمه؟

فقلت له: ليس مثله، أرأيت أجر السمسار في المرابحة لا يحسب، ولا يحسب لها ربح بخلاف نحو الصبغ، وماله عين قائمة، ولم يظهر لي في استناد أجوبتهم إلا العوائد الجارية بذلك عندهم[3].

---

(1) التهذيب: 4/136.

(2) انظر: التوضيح شرح جامع الأمهات، لخليل: 6/605.

(3) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 529.

قلتُ: ولو أدَّى المبتاع أكثر من المعهود بين الناس في هذه الأشياء؛ لم يلزم الشفيع إلا المعهود. وبه أفتى ابن عتاب وابن مالك وابن القطان.

ابن سهل: ولا مخالف أعلمه لهم، وهو الحق إن شاء الله تعالى[1].

ومن ابتاع شقصاً من دار له شفيع غائب، فقاسم شريكه، ثم جاء الشفيع؛ فله نقض القسم وأخذه، إذ لو باعه المشتري؛ كان للشفيع رد بيعه، ولو بنى فيه المشتري بعد القسم مسجداً؛ فللشفيع أخذه وهدم المسجد[2].

قوله: **(إذ لو باعه المشتري)**.

قال شيخنا: وعندي سواء باع قبل القَسْم أو بعده؛ بخلاف ما أشار إليه الصقلي.

ومن ابتاع شقصاً من دار له شفيع غائب، فقاسم شريكه، ثم جاء الشفيع، فله نقض القسم وأخذه، إذ لو باعه المشتري كان للشفيع رد بيعه، ولو بنى فيه المشتري بعد القسم مسجداً، فللشفيع أخذه، وهدم المسجد[3].

قوله: **(ولو بنى فيه المشتري...)** المسألة.

سئل ابن رشد؛ عمن طاع بالثنيا بعد البيع إلى أجل، فبنى قبل الأجل،

---

(1) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 529.

(2) التهذيب: 4/137.

(3) انظر: تهذيب البراذعي: 4/137.

فهل له قيمة البنيان قائماً أو منقوضاً؟

وهل تشبه مسألة بنيان الشفيع؟

الجواب: له قيمة بنائه [62/أ] منقوضاً؛ لأنه متعد؛ لأجل الشرط الذي التزمه للبائع؛ إذ ليس له أن يفوته؛ كبنيان المشتري، أو البائع بالخيار لكل منهما.

ولا تشبه مسألة الشفعة؛ لأن المعنى فيها أن الشفيع غائب، فقاسم الشريكُ شركاءه، وقاسم السلطان عن الشفيع الغائب، وهو لا يعلم؛ فيبقى على حقه في الشفعة، ولم يتعد المشتري في البنيان؛ لأنه إنما بنى في حقه، وظن أن قسم السلطان على الغائب يقطع الشفعة(1).

قلتُ: ظاهر هذا الكلام أنه لو بنى وهو حاضر؛ لكان له قيمته منقوضاً.

ولو وهب المبتاع ما اشترى من الدار أو تصدق به؛ كان للشفيع إذا قدم نقض ذلك وأخذه، والثمن للموهوب له أو المتصدق عليه؛ لأن الواهب علِم أن له شفيعاً، فكأنه وهبه الثمن(2).

قوله: **(لأن الواهب عَلِم أن له شفيعاً).**

ابن رشد: اختُلِف؛ هل هو محمول على العلم أو على غيره، وفي الشفعة من المدونة دليل على القولين(3).

---

(1) انظر: مسائل بن رشد: 2/1175.

(2) التهذيب: 4/137.

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 11/153.

من ابتاع شيئاً من جميع الأشياء بيعاً فاسداً، ثم باعه بيعاً صحيحاً قبل أن يفوت عنده؛ نفذ البيع الثاني، ويترادُّ الأوَّلان القيمة[1].

قوله: **(من جميع الأشياء).**

قلتُ: هنا بحث تقريرُه أن يقال: قد[2] قرر في المدونة وغيرها - في الشِّقْص إذا بيع مراراً - الخيار للشفيع، وهنا إذا بيع فاسداً ثم صحيحاً؛ أن الشفعة بالثمن.

وتقرر أن البيع الصحيح مفيت، والقيمة بمنزلة الثمن؛ فصار بمنزلة عَقْدين حصلا في الشقص، فيلزم خيار الشفيع في الأخذ بالقيمة التى يؤديها المشتري؛ لأنها بمنزلة الثمن، أو الثمن في البيع الصحيح، واللازم باطل؛ فإنهم لم يخيروه، بل ألزموه الأخذ بالثمن في البيع الصحيح.

الجوابُ أن يقال: قد تقرر - أيضاً - في المعقولات أنَّ كل ما أدى ثبوته إلى نفيه؛ فنفيه أولى.

بيانُه أن ثبوت التخيير يؤدي إلى نفي التخيير، ويلزم منه رفع أسباب الشفعة؛ لأنه إذا اختار الأخذ بالقيمة؛ لزم رفع البيع الصحيح بعده.

وكلما ارتفع؛ ارتفع البيع الفاسد؛ لأنه قائم لم يفت، وكلما ارتفع البيع الفاسد؛ ارتفعت قيمته فارتفعت الشفعة، والفرض ثبوتها.

وقد أشار إلى هذا - هنا - في المدونة إشارةً لطيفةً.

---

(1) التهذيب: 4/143.

(2) قوله: (قد) زيادة من (ت).

ومن ابتاع شقصاً فيه فضل فقام غرماؤه في فَلَسه أو موته، فللشفيع إن قام أخذ الشقص دونهم. وإن ترك من أحاط الدين بماله القيام بشفعته، فليس لغرمائه أخذها ولا أن يجبروه على أخذها، وذلك إليه أخذ أو سلم[1].

قوله: (وإن ترك مَنْ أحاط الدين بماله...) المسألة.

قالوا: في المفلس إذا كان له دين بشاهد وأبى أن يحلف؛ قيل: يحلف الغرماء، فعلى هذا القول لهم أن يشفعوا.

قال فضلٌ: علَّقتُ من بعض الكتب لبعض أصحابنا: لو قُتِلَ رجلٌ خطأً، وشهد على قتله رجلٌ أو رجلان، وعليه دين محيط بماله، وأبى ورثته من القسامة؛ فلغرمائه أن يقسموا، وكذلك لو كان على الورثة دين، وأَبَوْا من القسامة[2]؛ لكان لغرماء الورثة أن يحلفوا ويستحقوا ديته.

قال فضلٌ: هذا جيد على أصولهم.

وزاد بعض أصحابنا: لو وهب المقتول خطأ ديته لرجل؛ لكان المقدم في الحلف هو؛ لا ورثة الواهب؛ بمنزلة ما لو وهب ديناً له، وله به شاهد؛ لحلف الموهوب له مع شاهد الواهب، ويستحق الدين.

قال فضلٌ: وهذا أيضاً جيد[3].

---

(1) انظر: تهذيب البراذعي: 4/144.

(2) قوله: (فلغرمائه أن يقسموا، وكذلك لو كان... القسامة) ساقط من (ت).

(3) انظر: المعيار المعرب، للونشريسي: 10/403.

قال ابن القاسم: وعليه للمبتاع في ذلك قيمة ما سقى وعالج، ويرجع المبتاع بنصف الثمن على بائعه، فإن شاء المستحق الشفعة في النصف الباقي؛ فذلك له، ويكون له أخذ الثمرة بالشفعة مع الأصل ما لم تجذ أو تيبس، ويغرم قيمة العلاج أيضاً. وإن قام بعد اليبس أو الجذاذ، فلا شفعة له في الثمرة[1].

قوله: (**ما لم تيبس الغلة للمشتري**).

في أبواب: اختلف المشهور بما تكون له به، فاحفظها كما ضبطها بعضهم: (**تجد عفازاً شسياً**).

وفي هذا المعنى استفراق؛ وهو أن يقال: ما الفرق بين الشفعة في الثمار، وعدمها في السكنى؟ وكل منهما غلة ما فيه الشفعة؟

قلتُ: الفرق أن الثمار لَمَّا تقرر لها وجود في الأعيان، ونمو في الأبدان من الأشجار؛ صارت كالجزء منها - وإليه أشار ابن العربي - فأعطيت حكم الأصول، ولا كذلك السكنى، فلأجل ذلك صرَّح في المدونة بعدم الشفعة فيها.

وإن وهبه على عوض يرجوه لم يسمِّه؛ فلا قيام للشفيع إلا بعد العوض، ولا يجبر الموهوب على ثواب إذا لم تتغير الهبة في بدن... ولو أثابه بعد تغيرها أضعاف القيمة قبل قيام الشفيع، ثم قام، لم يأخذها الشفيع إلا بذلك، كالثمن الغالي؛ وإنما يهب الناس ليعاضوا أكثر[2].

قوله: (**وإنما يهب الناس...**) المسألة.

---

(1) التهذيب: 4/150- 153.

(2) التهذيب: 4/159.

ابن رشد في سماع عيسى، ونحوه للمتيطي: وقع في شفعة المدونة ما يدل أن الواهب أحق بهبته، وهو بالخيار فيما لم يرض منها حتى تفوت عند الموهوب له بزيادة أو نقص، وهو قولها هنا: (وإنما يهب الناس...) إلى آخره[1].

ومن وهب شقصاً من دار لابنه الصغير على عوض؛ جاز وفيه الشفعة[2].

قوله: (**شِقْصاً من دارٍ لابنه الصغير**).

قلتُ: الأحسن تعليق (**لابنه**) بـ(**وَهَب**) كما صرح به بعض المشارقة، لا ما حمله عليه المغربي وعياض[3].

وهبة الوصي لشقص اليتيم، كالبيع لربعه، لا يجوز ذلك إلا لنظر؛ كثمن يرغبه[4].

قوله: (كالبيع لربعه).

قال شيخنا: ظاهر نصوصهم أعم من أن يكون الرَّبْع موروثاً عن أبي المحجور، أو اشتراه له الوصي، ثم حدث موجب.

قال: وكان شيوخنا يقولون: إن الذي اشتراه بمنزلة السلع لا يشترط فيه من الوجوه في بيعه ما يشرط في الموروث؛ وإنما يحتاج إلى مطلق المصلحة،

---

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 13/477.

(2) التهذيب: 4/160.

(3) انظر: التنبيهات المستنبطة، للقاضي عياض، ص: 2410،2411.

(4) انظر: تهذيب البراذعي: 4/160.

كسائر عروض اليتيم، وعندي الفرق بين أن يشتريه بنية القنية للمحجور فكالموروث، وإن كان للتجارة فكالعروض.

ومن أعمر عمرى على عوض؛ لم يجز، ورُدّ ولا شفعة فيه؛ لأنه كراء فاسد، ويرد المعمر الدار الذي أُعمرها، وإن استغلها رد غلتها، وعليه إجارة ما سكن؛ لأن ضمانها من ربها، ويأخذ عوضه[1].

قوله: **(وإن استغلها رد الغلة).**

قال في تعليقة القابسي: قال محمد: لا يرد؛ بل عليه كراء المثل؛ لأنه كراء فاسد.

ووجدتُّ معلقاً عن القابسي على حاشية كتاب محمد: فيها كلامٌ، والذي يظهر لي أنا أنَّ ابن القاسم لم يُرِد ما قاله محمد؛ بل إنما أراد التفرقة بين العمرى على عوض، وبين البيع الفاسد، ورأى في البيع الفاسد أن الغلة للمشتري، والغلة في العمرى لرب الدار؛ يريد أنها مثل كراء المثل، وعرضته على شيخنا أبي عمران فاستحسنه.

وتورث الشفعة عن الميت[2].

قوله: **(وتورث الشفعة).**

المتيطي: هذا المشهور، وفي الاستغناء[3] لابن عبد الغفور[4]: لا شفعة

(1) التهذيب: 4/165 و166.

(2) التهذيب: 4/165.

(3) في (ع): (الاستغنى).

(4) هو: أبو القاسم، خلف بن مسلمة بن عبد الغفور الأقليشي، فقيه، حافظ، المتوفى

للورثة ولا يرثونها.

وإن ادعيت سدس دار بيد رجل فأنكر، فصالحك منه على شقص من دار له أخرى دفعه إليك؛ فالشفعة في الشقص الذي لا دعوى فيه بقيمة المدعى فيه؛ لأن قابضه مقر أنه اشتراه، ودفع في ثمنه السدس المدعى فيه[1].

قوله: **(لأن قابضه مقر أنه اشتراه).**

ابن عرفة: لقائل أن يقول: قدَّم أنه لو أقر المشتري بالشراء؛ لا شفعة حتى يوافقه البائع، فينتج أن تحقق ركني البيع شرطٌ في الشفعة، وهنا آخذ السدس لم يوافق على ماهية البيع حتى يكون السدس اشتراه؛ إذ لو كان اشتراه؛ لثبتت فيه الشفعة، فينتج كون الشفعة ثابتة مشكلٌ[2].

الجوابُ أن الصلح لما كان عقداً تضمَّن المعاوضة[3] وأجري كالبيع؛ ثبتت الشفعة.

لكن يشكل عدم أخذ السدس بالشفعة؛ لأنه معوض.

نحو440هـ، ولي قضاء بلده، وروى عن القاضي زكريا بن غالب وغيره، وألف "الاستغناء في آداب القضاء" عظيم الفائدة في نحو خمسين جزءًا.

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 8/49، والديباج، لابن فرحون: 1/113، والصلة، لابن بشكوال: 1/268.

(1) التهذيب: 4/170.

(2) في (ت): (يشكل).

(3) في (ت): (المعارضة).

قيل: فما وُهِب للقيط أو تُصدق به عليه، أيكون الذي هو في حجره قابضاً له، ولم يجعله له السلطان ناظراً ولا وصياً؟ قال: نعم[1].

قوله: **(قيل: فما وُهِب).**

اختصرها لإشكال الجواب؛ لأن قوله: **(قابضاً)** يحتمل قبضه للتحويز، وعدمه.

وقال في مسألة مالك في التحويز للغائب: يجزئه، فكذا الأولى.

ولا يلزم من إعمال القبض في التحويز إعمالُه في عدمه على إطلاق السؤال.

وإذا ادعى المبتاع أنه بنى في الدار بناءً، فأكذبه الشفيع؛ فالمبتاع مدع، وعليه البينة، والموهوب له الشقص، والمتصدق به عليه يقول له الشفيع: أخاف أنك ابتعته منه، أو عاوضته فيه سراً، وأردتما قطع الشفعة بما أظهرتما، فاحلف، فإن كان ممن يتهم؛ أحلفه وإلا لم يحلفه[2].

قوله: **(وأردتما قطع الشفعة).**

المدارك: من نوادر فتاوى ابن المُكْوي أنه وقعت مسألة ببلدنا سبتة، وهي إذ ذاك من عمل صاحب الأندلس، وذلك أن الفقيه يحيى - من أهلها - اشترى حصة من حمّام فيه شريك، وأشهد البائع للفقيه يحيى بن تمام في الظاهر

---

(1) التهذيب: 4/171.

(2) التهذيب: 4/171-172.

أنه تصدق به عليه؛ ليقطع بذلك الشفعة، فقام الشريك [62/ب] يطلب الشفعة.

فأفتى فقهاء سبتة بعدم الشفعة.

وقال الشفيع للقاضي: لا أرضى إلا بفتوى فقهاء الحضرة.

فرفع إليهم السؤال على وجهه، وبدأ بأبي عمر بن الْمُكْوي، فوقَّعَ أسفلَها[1]: هذا من حيل الفجار، وأرى الشفعة واجبة.

فلما رأى ابن تمام جوابه هذا قال: هذا عُقابٌ لا يطار تحت جناحه، والحق خير ما قيل. هات المال وخذ حمامك[2].

قلتُ: ونحوه الصداق في السر.

وإذا كانت دار بين رجلين بنصفين، فباع أحدهما نصفاً منها بعينه قبل القسم بغير أمر شريكه، ثم قدم الشريك؛ فله نصف المبيع، فإما أجاز بيعه، وإلا أخذ منه حصته، وأخذ باقيه بشفعته إن شاء، ودفع نصف الثمن إلى المشتري، ويرجع المشتري بنصف الثمن الباقي إن شاء على البائع، ثم يقاسم الشفيع شريكه النصف الباقي إن شاء. قيل: فلم لا يقاسم هذا الذي لم يبع شريكه الذي باع، فإن وقع النصف المبيع في حصة بائعه مضى عليه؟ قال: لا، ولكن يفعل كما ذكرنا[3].

قوله: **(قيل: أفلا يقاسم).**

(1) قوله: (فوقع أسفلها) يقابله في (ت): (فأجاب).

(2) انظر: ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك:2/239.

(3) التهذيب: 4/172.

اختصرها لعدم مطابقة الجواب؛ لأن السؤال إنما هو عن الحكمة، فأجاب بالأوصاف الحكمية.

وقوله هنا: **(باع أحدهما نصفاً منها)**.

انظر لو باعها كلها! فهل هو كقول المتيطي؟

ونحوه في العتبية: لو تصدق رجل بجميع ملك مشترك بينه وبين غيره، فإن كانت الصدقة على الشريك؛ لم يكن له إلا نصف المتصدق اتفاقاً، وإن كانت على أجنبي.

فقال ابن القاسم: إن الصدقة بالكل للمتصدق عليه، ويلزمه لشريكه قيمة حظه إن رضي الشريك أن يسلمه إليه بقيمته.

وقال مرة: لا يلزمه إلا نصيبه، فإن كان مما يقسم؛ فقيل: يقسم، فإن صار للمتصدق في سهمه؛ كان للمتصدق عليه، وإن صار في سهم شريكه؛ لم يكن له شيء، وهو قول ابن القاسم. انظر تمامه(1).

وفي سماع ابن القاسم من الشفعة - في أخوين ورثا دارين، فباع أحدهما إحدى الدارين، فعلم أخوه، فقال: أنا آخذ هذه الدار التي بعت بشفعتي، وأقاسمك الأخرى، فقال له الأخ البائع: ليس لك ذلك؛ ولكن أقاسمك الدارين، فإن وقعت الدار التي بعت لي؛ نفذ بيعي، وإن لم تقع لي بطل بيعي(2) وتكون لك - قال مالك: ليس له ذلك، وأرى أن يأخذها أخوه بشفعته فيها، ويقاسمه الآخر، وليس له أن يأبى من ذلك.

---

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 430/13.

(2) قوله: (وإن لم تقع لي بطل بيعي) زيادة من (ت).

ابن رشد: هذا على ما في آخر شفعتها؛ في مسألة الدار هذه، ولا خلاف فيها عندي من أجل حق المشتري، بخلاف ما في سماع ابن القاسم من الاستحقاق في الأرض بين الرجلين يبني أحدهما فيها، وشريكه غائب أنهما يقتسمان؛ فإن كان بنيانه فيما صار له من الأرض؛ كان له، وعليه من الكراء بقدر ما انتفع من نصيب صاحبه، فإن كان البنيان والغرس في نصيب غيره؛ خُيِّر من صار في نصيبه أن يعطيه قيمته منقوضاً، أو يسلم إليه نقضه ينقله. انظر تمامه[1].

وقال في سماع عيسى من العتق: ولو أعتق نصف عبده بإذن أحد الشريكين، فأبى[2] ذلك الشريك الآخر[3] لتخرج ذلك على قولين:

أحدهما: أنه يعتق جميعه عليهما.

والثاني: أنه لا يعتق منه إلا النصف الذي أعتق على الذي أعتقه، على اختلافهم في الدار بين الرجلين يبيع أحدهما نصفها على الإشاعة؛ هل يقع على نصف حظه، ونصفه حظ شريكه، أو على النصف الذي له؟[4]

وأشار المغربي في كتاب المساقاة إلى أن قوله هنا: **(أفلا يقاسم)** كالمعارض لما نقله ابن يونس، وهو في العتبية: "إذا وهب طائفة من أرض مشتركة أنها تقسم، فإن خرج نصيب الواهب فيها؛ صحت الهبة"، فهلاَّ قال كذلك في مسألة المدونة هنا!

---

(1) البيان والتحصيل: 12/57-58.

(2) البيان والتحصيل: (فأجاز).

(3) في (ش): (لآخر).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 14/509.

ابن رشد: قول ابن القاسم أنها إن خرجت في نصيب الواهب؛ كانت[1] للموهوب له، بناء على أن القسمة تمييز حق، وعلى أنها بيعٌ؛ لا شيء للموهوب له.

ومن تزوج امرأة على امرأة له أخرى، فحلف للأولى بطلاق الثانية إن آثر الثانية عليها، ثم طلق الأولى؛ فإن الثانية تطلق عليه؛ لأنه لما طلق الأولى؛ فقد آثر الثانية عليها[2].

قوله: (**فحلف للأولى بطلاق الثانية**).

قال شيخنا ابن عرفة: إن طلقها رجعية فواضح حِنثُه، وفي حِنثِه بثلاث نظرٌ؛ لعدم صدق الأثرة حقيقة؛ لأن مقتضى يمينه تفضيلها، والأخرى في عصمته؛ إلا إذا قامت قرينة تدل على أنه إنما قصد إيثارها بطلاق هذه؛ فنَعَم.

ولو آثر المحلوف بطلاقها بعوض دفعه للأخرى على ذلك حنَث؛ لعدم[3] اليمين.

ولو صالحته؛ لكان فيها نظرٌ.

وعندي أن المستأجرَيْن كالمرأتين؛ إذا استأجر رجلَين، فحلف لأحدهما أنه لا يفضل صاحبه عنه فطرده؛ فإنه يحنث؛ لأنه لما طرده تبين أنه فضَّل صاحبه الذي هو الباقي.

وقوله: (**طلِّقِ الأولى**) زاد في الأم: (**البتة**).

---

(1) قوله: (إن خرجت في نصيب الواهب؛ كانت) يقابله في (ت): (بيع لا شيء).

(2) التهذيب: 4/173.

(3) في (ت): (لعموم).

وساقها المتيطي هكذا: "فطلق الأولى طلقة واحدةً مَلَكَتْ بها أمر نفسها"[1].

قلتُ: وقد علمت ما للشيوخ في هذه اللفظة؛ فكأنَّ المتيطي ممن يرى أن مسمى الطلقة التى تملك بها أمر نفسها ثلاث - وهو المختار عندي في المدخول بها - وظاهر البراذعي: ولو واحدة.

وقال بعض المشارقة: هذا إذا طلقها باختياره، ولو ملَّكها نفسها، فطلَّقَتْ نفسَها أو حلف بطلاقها إن فعلت[2] كذا، فحنثته بفعله؛ فلا إيثار؛ لأن الطلاق[3] في المُمَلَّكة من قبلها، فلا تطلق الأخرى.

قلتُ: يشهد له ما في باب المتعة، ويشهد عليه ما في باب طلاق المريض.

قال بعضهم: ولو جعل أمر الثانية بيد الأولى إن آثر الثانية عليها، ثم طلق الأولى؛ فإن لها أن تطلق الثانية.

قلتُ: وفي سماع ابن القاسم من التخيير في رجل له امرأة غائبة، فتزوج امرأة، فقامت الغائبة عليه فجزعت من نكاحه عليها، فقال: لمَ تجزعين؟ يوم أختارها عليك، فطلاقها بيدك، فطلق الغائبة. قال مالك: ما أرى طلاق الأخرى إلا بيدها، وأرى أنه قد اختارها عليها حين طلقها.

ابن رشد: وكذلك لو حلف لها بطلاقها إن آثرها عليها، فطلق الأولى؛ لطلقت الثانية.

---

(1) انظر: النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام، للمتيطي: [65/أ].

(2) في (ت): (فعل).

(3) في (ت): (الطلقة).

قاله في أواخر شفعة المدونة في بعض الروايات[1].

قلتُ: وفي سماع أصبغ - فيمن اشترطت عليه في عقد صداقها أنه لا يسيء إليها، فإن فعل؛ فأمرها بيدها، فتزوج عليها أو تسرر - قال أصبغ: ليس هذا من الإساءة إلا إذا اشترطوه[2].

وقال مالك في دار بين رجلين، حبس أحدهما نصيبه على رجل، وولده وولد ولده، فباع شريكه في الدار نصيبه؛ فليس للذي حبس، ولا للمحبس عليهم أخذه بالشفعة، إلا أن يأخذه المحبس، فيجعله فيما جعل نصيبه الأول[3].

قوله: **(إلا أن يأخذ فيجعل[4] فيما جعل نصيبه الأول).**

سئل ابن أبي زيد عمَّن حبس حبساً على المساكين، أو على المساجد، فيباع ما هو مشاع معه، فهل يؤخذ للمساكين والمساجد بالشفعة؟

فتوقف فيها، فقال: سئلت عنها قديماً، ولم يظهر لي فيها شيء.

أبو عمران: أما على ما ذهب إليه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ في الحبس المؤبد يبيع[5] أحدهم أن لشريكهم فيه الشفعة، ولمن يأتي من المعقب[6]، فواضحٌ الأخذُ بالشفعة للمساكين والمسجد، ولا إشكال فيه، وأما

(1) في (ت): (الرواية)، انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 5/222.
(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 5/72.
(3) التهذيب: 4/173.
(4) في (ش): (فيجعله)، وهو الموافق لما في مطبوع التهذيب.
(5) في (ت): (فيبيع).
(6) لعلها: (العقب) كما في المعيار المعرب والجامع المغرب، للونشريسي: 8/114.

على ما عند ابن المواز فلا شفعة للمساكين والمساجد.

قلتُ: وفي العتبية - في [63/أ] حائط بين رجلين تصدق أحدهما بنصيبه على قوم، وعلى عقبهم ما عاشوا، ثم إن الشريك باع نصيبه، فأراد أهل الصدقة الأخذ بالشفعة - قال مالك: لا شفعة لهم؛ لا شفعة في الصدقة، إلا أن يلحقه بالحبس فله ذلك.

ابن رشد: المعنى في هذه المسألة أن أهل الصدقة أرادوا أن يأخذوا بالشفعة لأنفسهم؛ فلذلك لم ير لهم شفعة، ولو أرادوا الأخذ بالشفعة ليلحقوها بالحبس لكان ذلك لهم(1).

قلتُ: والإجمال في جواب أبي محمد وأبي عمران: هل الأخذ لهم ملكٌ، أو ليلحقوها بالحبس؟ فتأمله.



(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 12/60.



كتاب الوصايا الأول



كتاب الوصايا الأول

قال المغاربة: (الأوَّل) نعتٌ للكتاب، ولو كان للوصايا لقال: (الأُولى).

قلتُ: ولعله كذلك، فإن هذا لا يفترق فيه كونه مفرداً أو جمعاً إلا برواية.

ومن أوصى بنسمة تشترى فتعتق، لم تكن بالشراء حرة حتى تعتق؛ لأنه لو قتله رجل؛ أدى قيمته عبداً، وأحكامه في جميع أحواله أحكام عبد حتى يعتق[1].

قوله: (ومن أوصى بنسمة...) المسألة.

قالوا: ولو اشترى الوصيُّ نصرانيةً فأعتقها؛ لم يجز، ولا يعذر بجهل، ويأتي إن شاء الله - في الوصايا الثاني - شيءٌ[2] من هذا.

ومن قال في وصيته: اشتروا عبد فلان لفلان، أو فأعتقوه، أو بيعوا عبدي من فلان، أو ممن أحب، أو ممن يعتقه، فامتنع المشتري أن يشتريه بمثل ثمنه، أو امتنع الذي يبتاع منه أن يبيعه بمثل الثمن؛ فإنه يزاد في المشترى، وينقص في المبيع ما بينك وبين ثلث ثمنه لا ثلث الميت[3].

قوله: (أو مِمَّن أحبَّ).

---

(1) التهذيب: 4/229.

(2) قوله: (شيء) ساقط من (ش).

(3) التهذيب: 4/230.

هنا استفراقٌ، وذلك لأنه[1] قرر في المكاتب أنه لا يعجز نفسه ليكون رقيقاً، وهنا أعمل محبَّته، فيباع ممن أحب دون عتق ثلثه ترجيحٌ لرقه؛ الفرق أن عقد الكتابة لمَّا تضمن[2] حريَّته ليس له نقضُه، وهنا لو أعتقنا[3] ثلثه؛ لزم عدم إعمال الوصية، فهو كقولها في المخيَّر في حريته ورقه.

أما الموصى أن يشترى فيعتق، قال ابن القاسم: يستأنى بثمنه، فإن بيع وإلا رد ثمنه ميراثاً[4].

قوله: **(وإلا رُدَّ ميراثاً).**

أبو إبراهيم: فيه حجة لمن أفتى من المتأخرين فيمن أوصى بفداء أسير معين من دار الحرب، فوجد ميتاً أنه يرد للورثة[5].

---

(1) في (ع): (أنه).

(2) قوله: (لما تضمن) زيادة من (ع).

(3) في (ش): (أعتقت).

(4) التهذيب: 4/230-231.

(5) المشدالي: نحو هذا ما ذكره ابنُ سهل عن ابن زَرْبٍ فيمن أخرج مالاً لفداء أسرى معينين فأطلقوا بغيره، فقال: إن ذلك يرجع إلى مُخرِجه، وكان ابن زرب استشار من حضره، فقال بعضهم: يرجع في أسارى آخرين، كقول مالك فيمن أخرج كسرة لسائل وقف ببابه فوجده قد انصرف؛ أنه يعطيها لغيره، وليس ذلك بواجب عليه.
فقال لهم ابن زرب: بل يرجع المال إلى مُخرجه، وليست مثلها؛ لأن الأسرى معيَّنون، والسائل غير معين.
قال ابن سهل: ويصحِّح قولَ ابن زرب ما لابن القاسم في سماع أصبغ من الجنائز في ميت مات ولا وجد له مالٌ يكفَّن منه، فأخرج له قوم عشرين درهماً لكفنه، ثم كفنه رجل غيرهم؛ أنها ترجع إلى أربابها.

=

وإن أوصى أن تُبَاع جاريتُه ممن يعتقها فأبت، فإن كانت من جواري الوطء؛ فذلك لها، وإلا بيعت ممن يعتقها، وقيل: لا يلتفت إلى قولها وتباع للعتق[1].

قوله: **(فإن كانت من جواري الوطء)**.

قلتُ: في سماع ابن القاسم - فيمن أوصى ببيع جاريته للعتق، وأرادت البيع لغير العتق -: إن كانت رائعةً؛ بيعت على غير شرط العتق، وإن كانت من أثمان خمسين ديناراً؛ بيعت للعتق.

ابن رشد: مثله في وصاياها الأوَّل، إلا أنه[2] لم يذكر في أثمانهن حدّاً، وحدُّه في عيوبها، فليس[3] هو خلاف لما هنا إذا جعل أثمان ستين من المرتفعات التي تجب المواضعة فيهن، ولا يجوز التبري من حملهن، ولسن من المرتفعات اللاتي يكون لهن أن يُبَعن[4] على غير شرط العتق، فتبطل الوصية

=

المشدالي: وأقاموها أيضاً من الوصايا الثاني.

ونبه الشيخ أبو الحسن على ذلك، وأشار إلى قضية ابن زرب هذه، فانظره في ترجمة الوصية بالحج من الوصايا الثاني.

وأقيمت أيضا من كتاب المكاتب من قوله فيه: (والمكاتب إذا أعانه قومٌ في كتابته ففضلت منه فضلة...) إلى آخره.

وانظر قضية التادلي هناك في الشيخ، وانظر الوصايا الثاني بعد هذا.

(1) التهذيب: 4/234.

(2) قوله: (إلا أنه) يقابله في (ع): (إذ أنه).

(3) قوله: (عيوبها، فليس) يقابله في (ع): (غيرها فقيل).

(4) في (ش): (يفعل).

فيهن، بدليل ما في سماع أبي زيد، وأثمان ستين ليست برائعة في هذا[1].

وقوله في المدونة: (**إن كان للميت مالٌ يحمل الجاريةَ...**)[2]؛ مفسِّرٌ عندي لقول ابن القاسم: لأن الرجل لو أوصى أن يباع عبده؛ لم يجز ذلك على الورثة، إذا لم يحمله الثلث.

وقد قال ابن لبابة - في قوله في المدونة (**بيعوا عبدي من فلان**) -: لمَّا لم يأمر الموصي أن يعطاه[3] إلا بثمن لم يقُل أحدٌ: إنه ينظر إلى العبد إن كان يخرج من الثلث، أم لا يخرج منه.

وليس قوله بصحيح؛ إذ ليس للميت أن يحجر على وارثه إمساكَ عبد من عبيده إذا كان أكثر من ثلث ماله[4].

---

(1) في (ش): (هذه).

(2) انظر: المدونة (زايد): 128/10، و(السعادة/صادر): 9/15، و(العلمية): 327/4.

(3) في (ع): (يعطى).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 446/12.

وزاد المشدالي بعده: هكذا وجدت في النسخة الكلامَ الذي نقله عن ابن رشد، وفيه نقصان مخلٌّ، فلنأت بكلام ابن رشد على وجهه ليتضح لك معناه ويلوح لك ما ذكرناه.

قال في السماع المذكور في آخر رسم (حلف بطلاق امرأته): قيل: إن ما في العيوب مخالفٌ لما هنا؛ إذ جعل أثمان الستين من غير المرتفعات.

والصوابُ أن ذلك ليس باختلاف من القول، فأثمان الخمسين والستين من المرتفعات اللائي تجب فيهن المواضعة.

ولا يجوز التبريء من حملهن، ولسن من المرتفعات اللائي يكون لهن أن يبعن على غير =

وإن كتب وصيته عند سفره أو عند مرضه، ووضعها على يدَي رجل أمين، ثم قدم من سفره أو برئ من مرضه، فقبضها ممن هي عنده، وأقرها بيده حتى مات؛ فهي باطل، وإن أشهد عليها؛ وإنما تنفذ إذا جعلها على يدي رجل أمين[1].

قوله: **(وإن كتب وصيته)**.

قال شيخنا: ظاهرُه: كان أمياً أم لا.

والصواب عندي أنه إن كان لا يكتب فلا بد من مراجعة الشهود له، وإن علموا عَينَ الكتاب وتقرره[2] على ما كتب، وحينئذ يصح إنفاذها.

وإن كتبها بغير محضر البينة، ولا قرأها عليهم، فدفعها إليهم، وأشهدهم على ما فيها؛ فإن عرفوا الكتاب بعينه؛ فليشهدوا بما فيه. قال - عنه - ابن وهب: ولو طبعها، ثم دفعها إليهم، وأشهدهم أن ما فيها منه، وأمرهم أن لا يفضوا خاتمها حتى يموت؛ جاز أن يشهدوا بما فيها بعد موته[3].

=

شرط العتق فتبطل الوصية فيهن؛ بدليل ما في سماع أبي زيد، وأثمان الستين ليست برائعة في هذا.

وقد قال في الوصايا الأول من المدونة: وقد قيل: (لا ينظر إلى قولها، وتباع للعتق إلا أن لا يوجد من يشتريها بوضيعة الثلث إن كان للميت مال يحمل الجارية).

(1) التهذيب: 4/235.

(2) في (ش): (ويقرروه).

(3) التهذيب: 4/237-238.

قوله: (جاز أن يشهدوا بما فيها).

أبو إبراهيم: يؤخذ من هنا ما قال الباجي - في غير عقود الاسترعاء - أنه ليس على الشاهد قراءةُ العقد كلِّه، بخلاف عقد الاسترعاء(1).

---

(1) المنتقى، للباجي: 200/5. وزاد المشدالي بعده: قال ابن عرفة في كتاب الشهادات من المختصر، في نوازل سحنون: روى ابن وهب: من عرف خط يده في شهادة ذكر حق، ولم يثبت عدد المال؛ إن استيقن أنه خط يده، وكان لا يثبت عدد المال، فليشهد، عليه ويقضي به القاضي وإن لم يشهد عنده على عدة المال.
ابن رشد: قوله: "يشهد إن استيقن أنه خط يده وإن لم يثبت عدة المال" خلافُ سماع أبي زيد؛ أنه لا يشهد وإن تيقن أنه خطه، وذكر أن فلاناً أشهده في أمر دارٍ حتى يذكر شهادته ويتيقنها حرفاً حرفاً.
وهذا الاختلاف إنما هو إن وضع شهادته على معرفته في عقد استرعاء، أو أشهده أحدٌ على نفسه بمالٍ أو شهادةٍ فيها مال وحقٌّ غيرُ مال، فقيَّد شهادتَه بخط يده بما أشهد عليه واستحفظ، فلما دعي لأداء الشهادة عرف خط يده واستيقنه، ولم يذكر الشهادة لنسيانه لها بعد ذكره إياها.
فوجه القول بأنه يشهد؛ تيقنُه صحةَ الشهادة لمعرفتة خط يده وأنه لم يضع شهادته وقت وضعه إلا وهو عالم بها.
ووجه أنه لا يشهد؛ أنه غير ذاكر لها وقت أدائها.
وأما ما شهد، عليه الشاهد من عقود البياعات والإقرارات فليس على الشاهد أن يقرأها ولا يحفظ ما فيها، وحسبه أن يتصفح منها عقد الإشهاد، فيجوز له أن يؤديَ شهادته على ما أُشْهِد عليه، وإن لم يعرف ما في الكتاب، ولا عدد المال، إذا عرف المشهدين له على أنفسهم.
قال ابن دحُّون: فإن عرف الشاهد عينَ المشهود عليه، ولم يعرف عين المشهود له؛ فلا يشهد إلا أن يبين، وإن لم يعرفهما؛ فلا يشهد.
ابن رشد: وكذا إذا عرف المشهود له، ولم يعرف المشهود عليه؛ لا يشهد البتة.
=

قلت: قوله - مع الباجي وغيره - أنه لا يلزم الشاهدَ قراءة كل الوثيقة خلافُ عملِ محققي شيوخنا على لزوم قراءتها؛ خوفَ أن يكون فيها عقدٌ فاسدٌ، أو مشروط فيه ما يفسده، أو ما ظنه المشِهد صحيحاً وهو غير تام؛ كهبته لابنه الصغير دار سكناه، ونحو ذلك، أو ما فيه تلبيس على حكام المسلمين.

قال بعض من لقيناه: إلا أن يعلم الشاهد بقرائن الأحوال أن ما يشهد به قد أبرمه والتزمه فلا يلزم قراءتها؛ لأنه أمر قد وقع فيشهد به لينفذ فيه حكم الله بفسخه وأدب مُلَبِّسِه.

وتقدم شيءٌ من هذا في آخر الأقضية.

المشدالي: فرعٌ: قال ابن سهل في باب مسائل أداءِ الشهادة ونقلِها: قال ابن زرب: إذا كانت الوثيقة منعقدة على إشهاد المشهدين لهم كالابتياع والصدقة ونحو ذلك؛ فلا ينبغي أن يؤخذ الشهود بحفظ ما في الوثيقة، وحسبهم أن يقولوا إن شهادتهم فيها حقٌّ وأنهم يعرفون المشهدين لهم.

وإذا كانت الوثيقة مبنية على معرفة الشهود؛ كعقود الاسترعاء يشهد المسمَّون في هذا الكتاب من الشهداء أنهم يعرفون كذا وكذا، ورأى الحاكم ريبةً توجب التثبت؛ فينبغي أن يقول لهم: ما تشهدون به؟ فإذا نصوا شهادتهم بألسنتهم على ما في الوثيقة نفذت، وإلا ردَّها، وليس في كل موضع ينبغي له أن يفعل هذا ولا بكل الشهود، وإنما ينبغي أن يفعله بمن يخشى عليه الخديعة.

قال: وربما فعلته أنا.

المشدالي: وقال الشيخ أبو الحسن في كتاب الحدود: الاسترعاء هو الاستحفاظ، وهو أن يودع الشهادة لمن يحفظها له ويرعاها إلى وقت الحاجة إليها.

وقيل: الاسترعاء هو تحمل الشهادة دون أن يشهد عليها، وينبغي للشاهد أن ينظر في الوثيقة عند التاريخ، فإن وجد شهد عليهما من عرفهما، فلا بد أن يقرأ الوثيقة كلها، فإن عرف فصولها أوقع شهادته، وإن وجد عند التاريخ شهد عليهما من أشهداه، فلا تجب قراءة الوثيقة من أولها؛ لأنهما أشهداه بما فيها، وليوقع شهادته حينئذ.

والحزمُ أن يقرأ الوثيقة في الوجهين؛ لأنها قد تنطوي على فساد فيكون قد شهد عليه.

قلتُ: وسئل ابن زَرْب: من كتب وصيته، وأشهد عليها، ثم كتب أسفلها بخطه قد أبطلت هذه الوصية إلا كذا وكذا، فيخرج عني، وشهدت بينة أنه خطه؟

فقال: لا تنفذ، وهو كمن كتب وصيته، ولم يشهد عليها حتى مات، وشهد على خطه؛ فإنها لا تنفذ(1).

وللموصي أن يغير وصيته، ويرجع ويزيد وينقص، أوصى في صحة أو في مرض، بعتق أو غيره(2).

قوله: **(وللموصي أن يغير وصيته...) المسألة.**

ظاهرُه: ولو شرط ألا رجوع له فيها.

=

قال مالك: أنتم تقرءون العلم وتشهدون في مثل هذا. قاله في مولى عليه فعل شيئاً من المعروف فأجازته أمه، وشهد على ذلك شهود.

المشدالي: ولأجل هذا يشترط أن يكون الشاهد معه من النبل والفهم ما يميز به بين الصحيح والفاسد، وعلى قدر قوته في العلم يكون أبعدَ عن الخطأ، وأقرب إلى الصواب.

وقد حكى ابن عرفة في كتاب الحجر من مختصره عن بعض شهود تونس أنهم شهدوا في بيع أم الولد، وتوهموا أن بيعها بغير إذن سيدها نافذٌ؛ كالمأذون له في التجارة. قال: لما تقرر من عدم إنصاف أكثر قضاتها من تقديم من لا يحسن الطلب فضلاً عن الفقه لأهواء يعلمها الله، وكان سيدها غائباً، فبالغ في إنكار ذلك ونقضَ فعلها، ولو كانوا طلبة لقُلْتُ غرَّهم في ذلك لفظُ أبي سعيد في كتاب الشفعة. انظر تمامه فيه.

(1) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل: 1/ 71، و الأحكام، لأبي المطرف المالقي، ص: 503، 504.

(2) التهذيب: 4/ 238.

ابن مرزوق[1]: ليس لمالك - فيها - ولا لقدماء أصحابه نصٌّ على ما يقتضيه كلام المتأخرين، وظاهرُ ما في الإكمال في كتاب الزكاة، والتونسي أول المدبر أنه اختيار منهم.

قال: وحكى بعض ثقاة الطلبة عن التونسي[2]: أنه نقل قولاً في المذهب بالرجوع.

وقال ابن راشد في المُذهِب: للموصي الرجوع عن الوصية، ولو قال: لا رجعة لي فيها على ظاهر المذهب[3].

---

(1) هو: أبو عبد الله، محمد بن محمد بن أحمد بن الخطيب محمد بن أحمد بن محمد بن أبي بكر ابن مرزوق، المتوفى سنة 901هـ، عرف والده بالحفيد أبي الفضل، وعرف هو بالكفيف، وجده ابن مرزوق من أجلة العلماء، أخذ عن أبيه، والإمام قاسم العقباني، وأحمد بن عيسى اللجائي الفاسي والثعالبي المفسر، وغيرهم، وممن أخذ عنه السنوسي صاحب العقيدة المشهورة، والونشريسي صاحب المعيار.

قال محمد الأمين (عرفات):

أبناءُ مرْزوقِ الخَطيبُ والحَفيدْ ثمّ الكفيفُ بيتُهمْ بيتٌ مجيدْ

ثم محمدُ الكفيفُ ابنُ الحفيدْ قَضَى إذ التاسعُ واحدًا يزيدْ

أطالَ في الثنا عليه المَقَّرِي في نفْحِه وهْو بذلك حَري

انظر ترجمته في: توشيح الديباج، للقرافي، ص: 239، ونيل الابتهاج، للتنبكتي: 262/2، وشجرة النور، لمخلوف: 268/1، ودرة الحجال، لابن القاضي: 144/2، والطبقات، للحضيكي: 243/1، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 98، 123، 124، 125.

(2) قوله: (والتونسي أول المدبر أنه اختيار منهم... التونسي) ساقط من (ع).

(3) انظر: لباب اللباب، لابن راشد، ص: 368.

وقد يتخرج فيها قولٌ بعدم الرجوع من قولهم في: "أنت طالقٌ واحدةً"؛ لا رجعة فيها.

ومن شرط التصديق في القضاء - وهو خلاف قول ابن عرفة في اختصار الحوفية - فإن التزم عدم الرجوع؛ لزمه على الأصح، وفي بعض النسخ على المشهور.

قلتُ: وفي مختصره الفقهي: لو التزم عدم الرجوع، ففي لزومه خلاف بين متأخري فقهاء تونس.

ابن علوان: ثالثها: إن كانت بعتق ولم ينسبها، ثم خرَّجَ من تخييرها عدم لزوم التزام عدم الرجوع.

ولما حكى ابنُ سرور في شرحه للجلاَّب الخلافَ المعلوم فيمن قال: "أتطهر للظهر لا للعصر" - مثلاً - قال: وهذا على الخلاف فيمن قال: "أوصي وصية لا رجوع لي فيها".

وللمتيطي نحو ما في الإكمال.

وللفقهاء المشاهير بإفريقية عليها أجوبة؛ منها جواب البرجوني، والبَرْقي، وابن البراء، وابن شعيب؛ قائلاً: المنقول لزوم الالتزام.

قال: ورأيت من العلماء من أجراها على حكم الوعد.

واتفق المقَّريُّ[1] والشريف في فتواهما على أنه يرجع، ولا يلزمه التزام عدم الرجوع.

قال الشريف: وقد قالوا - فيمن أوصى بوصية وقال: هذه وصية لا

---

(1) في (ش): (المغربي).

تنسخها وصية تتأخر عنها - أنه إن أوصى بعدها بوصية، وقال: هذه ناسخة لكل وصية تقدمتها، لا تكون ناسخة للأولى إلا أن ينص عليها بعينها.

فأنت تراهم كيف جعلوا المتأخرة ناسخة لما تقدمها إن عينها.

وإن كان قد قال أوَّلاً: لا تنسخها وصيةٌ.

وهل قولُه: لا تنسخها وصية إذ[1] الالتزام لعدم الرجوع؟

فتبين بهذا أنَّ الشرط[2] غير لازم؛ إذ لو لزم لم يكن له نسخها بالتعيين؛ وإنما لم تنسخ عند عدم التعيين؛ لاحتمال التخصيص.

وقد تقرر في الأصول أن الخاص أولى من العام، تقدَّم أو تأخَّر؛ لأن التخصيص أولى من النسخ، فإن عيَّنَها في الوصية الأخيرة؛ كان نسخاً لا تخصيصاً؛ لتحقق الإرادة حينئذ.

قال الفقيه المقَّري: الدليل على عدم اللزوم.

ويكون له الرجوع كالوصية الساذجة؛ إنه هو الفرق المشهور بينها وبين التدبير، حتى أن ابن الحاجب - على جلالة [63/ب] علمه بالفقه والأصول - حملها عن التدبير.

ابن الحاجب[3]: بقيد عدمي، فقال على غير الوصية ولا يخفى على مثله ما[4] في تعريف الماهية بسلب غيرها من العيب.

---

(1) في (ش): (إلا).

(2) في (ش): (اشترط).

(3) قوله: (ابن الحاجب) ساقط من (ع).

(4) قوله: (ما) ساقط من (ع).

ومن قال: اشهدوا على أن فلاناً وصيي، ولم يزد على هذا، فهو وصيه في جميع الأشياء، وإنكاح صغار بنيه، ومن بلغ من أبكار بناته بإذنهن، والثيب بإذنها[1].

قوله: **(فهو وصية في جميع الأشياء).**

تقدَّم معارضتُها في الخيار.

وظاهرُه: دخول الإيصاء.

وفي الطرر: إذا قال وصيي[2] مسجلاً، وكان إلى نظره محجور أجنبي، ولا يدخل[3] تحت هذا اللفظ[4].

---

(1) التهذيب: 4/239.

(2) في (ع): (وصي).

(3) في (ش): (ولا يرتحل).

(4) المشدالي: ذكر ابن الهندي قولَين:

أحدهما: ما ذكره صاحب الطرر؛ أنه لا يكون داخلاً تحت لفظه إلا إذا صرح بذلك.

والثاني: أنه يتناول الجميع إلا إذا خصص ذلك بمال نفسه وولده.

المشدالي: وهذا الخلاف إنما هو إذا أتى بلفظ عام كما تقدم، وأما إن صرح بالوصيتين معاً فلا إشكال ولا خلاف.

ثم يترتب على ذلك فرعٌ؛ وهو إذا قال الوصي الثاني: أنا أقبل وصيتك ولا أقبل وصية الأول؛ لأن فيها ديوناً وتخليطاً؛ فقال ابن وهب - في سماع أصبغ -: له ذلك. وقال أصبغ: ليس له ذلك؛ لأن وصية الأول من وصية الثاني، فإن قبل بعضها لزمه كلها.

ابن رشد: قول ابن وهب أظهر.

وقال ابن يونس: الذي أرى أن يقول له الإمام: إما أن تقبل الجميع أو تدع الجميع؛ إلا أن يرى أن يقره على ما قيل، ويقيم مَن يلي وصيَّةَ الأول.

قلتُ: لو حبس على ولده، وقال: "فلان وفلان وفلان"، ولم يسم الآخرين، فهل هذه المسألة كمسألة الشيوخ المشهورة[1] في أحكام ابن زياد فيمن أوصى وقال: "جعلت النظر على ولدي فلان وفلان وفلان إلى فلان"،

---

(1) المشدالي: مسألة الشيوخ المشهورةُ أشار إليها ابن سهل في أول الوصايا، فقال: قال أبو بكر بن زرب فيمن قال في وصيته - وله أولاد صغار -: قد جعلت النظر لولدَيَّ فلان وفلان إلى فلان بن فلان، وله أولادٌ غير الذين سمى؛ أنهم يدخلون في الإيصاء - وإن لم يسمهم - لأنه لما قال: "ولدي" دخل جميعهم فيه.
قيل له: كيف وقد سمى من أراد أن يولى عليه؟
قال: لو أراد هذا لم يقل: "جعلت النظر لولدي لفلان وفلان إلى فلان"، وإنما كان يقول: "من ولدي"، كمن قال: "عبيدي أحرار فلان وفلان"، وسكت عن باقيهم فإنهم يعتقون أجمعين؛ من سمى منهم ومن لم يسم.
قال له موسى: نزلت هذه المسألة فأفتى فيها بعض الشيوخ أنه لا يعتق إلا من سمى، وغلط فيها وأخذ بفتياه لشيخه وحكم به.
قال القاضي: أعرف وقتَ نزولها.
قال ابن سهل: في سماع أصبغ من الصدقات ما يشبه مسألة ابن زرب هذه؛ وهي من تصدق على رجل بميراثه، وقال: "أشهدكم أني قد تصدقت على فلان بجميع ميراثي، وهو كذا وكذا في العين والبقر والرمك والرقيق والثياب والدور والبور إلا الأرض البيضاء فإنها لي"، وفي تركة الميت جنان لم ينصها، أو غير ذلك،
قيل له: هل يكون ما نصَّ وما لم ينُصّ للمتصدق عليه إلا ما استثنى؟ أم ليس له إلا ما نصَّ؟
قال أصبغ: له كل شيء إلا ما استثنى إذا كان يعرِّفه، والجنان داخلة في الصدقة إن كان يعرِّفها؛ لأنه إنما استثنى الأرض البيضاء ولم يستثن الجنان.
تَدبَّر هذه الجملة؛ فلولا استثناء المتصدق الأرضَ البيضاء لكانت كمسألة القاضي سواء.

وفي أولاده من لم يُسم، فهل الإيصاء قاصرٌ على المسمَّيَن؟ أوْ لا؟

فيه تنازعٌ[1] بين ابن زَرْب وغيره، فهل مسألة التحبيس مثلها؟ أوْ لا؟

قال بعض الفضلاء من المشارقة: ليست مثلَها، لا يدخل في الحبس، ويدخل في الإيصاء، والفرق بينهما أن الوصية بالأولاد قد علم المقصود بها؛ وهو القيام بهم، وهو[2] مظنة التعميم، فالتسمية ليست للتخصيص، وأما في الوقف فالمقصود فيه صرف المنافع، ويجوز قصرُها على بعض دون بعض، فيصح أن يقال للتسميةِ أثرٌ[3].

قلتُ: وفي نوازل ابن رشد نحوَه[4].

وسئل سحنون عمن قال: إن أصابني أجلي[5] في شهر كذا؛ ففلان وكيلي، هل يكون وصياً إذا أصابه قدر؟

فقال: نعم يكون وصياً[6] وإن لم يقل (وصِيِّي)؛ هو عندنا واحد.

ابن رشد: هذا كما قال؛ لأن الوصي وكيلٌ للميت، فسواء قال: وصِيِّي أو وكيلي فكل وصيٍّ وكيلٌ، وليس كل وكيلٍ وصيّاً[7].

قلتُ: صِدقُ **(وصِيِّي)** و **(وكيلي)** هنا متساويان، فكل وكيل وصيٌّ،

(1) في (ع): (نزاع).

(2) في (ع): (وهي).

(3) المشدالي: هذا فرق لا بأس به.

(4) انظر: مسائل ابن رشد: 1/655.

(5) في (ع): (أجل).

(6) قوله: (إذا أصابه قدر؟. فقال: نعم يكون وصيا) ساقط من (ع).

(7) في (ش): (وصي)، انظر: البيان والتحصيل: 13/233.

كعكسه؛ وإنما تكون الوكالةُ أعمَّ بحيث تصدق، ولا يصدق الإيصاء إذا كان متعلقها مطلوباً تنجيزُه في الحياة.

وإن مات الوصي فأوصى إلى غيره؛ جاز ذلك، وكان وصي الوصي مكان الوصي في النكاح وغيره. قال يحيى بن سعيد: وإن كانا وصيَّيْن أو ثلاثة، فأوصى أحدهم عند موته بما أوصى به إليه من تلك الوصية إلى غير شريكه في الوصيَّة؛ جاز ذلك[1].

قوله: (يحيى بن سعيد...) المسألة.

ابن عبد السلام: انظر! هل يتنزل[2] المشرف على[3] الوصي في ذلك منزلة أحد الوصيين؟[4].

وإذا قال الميت: قد كتبت وصيتي، وجعلتها عند فلان فأنفذوها وصدقوه؛ فإنه يصدق وينفذ ما فيها. وكذلك إن قال: قد أوصيته بثلث مالي فصدقوه، جاز ذلك، وأنفذ ما قال، فإن قال الوصي: إنما أوصي بالثلث لابني، فقال أشهب: يصدق. وقال ابن القاسم: لا يصدق؛ لأن

---

(1) التهذيب: 240/4.

(2) في (ع): (ينزَّل).

(3) قوله: (المشرف على) ساقط من (ش).

(4) المشدالي: قال ابن سهل عن ابن عتاب - في بعض أجوبته - ما نصُّه: وسبب المشاورة كسبب الوصي أو أقوى.

وانظر نوازل ابن رشد في النكاح، فإنه قال: إن المشرف ليس بولي ولا وصي وإنما له المشورة.

مالكاً قال فيمن أوصى فقال: اجعل فلان ثلثي حيث تراه: إنه إن أعطاه لولد نفسه، أو لقرابة له؛ لم يجز إلا أن يكون لذلك وجه يظهر صوابه[1].

قلت: **(قال ابن القاسم: لا يصدق؛ لأن مالكاً...)** المسألة.

تقريرُ معارضتها لما في النكاح أن يقال: المناط في البابَين التهمةُ، وهي قائمة في القرابة، فأبطل شهادته في الوصية هنا؛ إذ صرفها لقرابته، وصح[2] النكاح، ولم يجعل للقرابة أثراً في التهمة، وفي كلا الصورتين الأمر[3] مصروف لخِيرَته.

الجواب: إن قيام التهمة هنا أقوى؛ لأنه[4] قد تعود إليه يوماً ما[5]، أو ينتفع بها، أو نحو ذلك، وهناك لا[6] يزيدها إلا بعداً[7] وهو حرمتها في الابن[8].

---

(1) التهذيب: 4/243-244.

(2) في (ع): (وصحح).

(3) قوله: (الصورتين الأمر) يقابله في (ع): (المسألتين أمر).

(4) في (ع): (وأنه).

(5) قوله: (ما) زيادة من (ع).

(6) قوله: (وهناك لا) ساقط من (ع).

(7) في (ع): (بعد).

(8) المشدالي: لعله أشار إلى مسألة (إذا قالت زوجني ممن أحببت)، فإنه قال فيها: (وقال عبد الرحمن ابن القاسم: إن زوجها من غيره جاز)، فظاهره وإن كان من ابنه أو بعض أقاربه.

وقد قال اللخمي: ويختلف إذا وكلت المرأة من يزوجها فزوجها من ولده أو يتيمه، =

وإن شهد وارثان أن أباهما أوصى إلى فلان؛ جاز ذلك. قال غيره: إن لم يجُرَّا بذلك نفعاً إلى أنفسهما، وإن جَرَّا بذلك نفعاً إلى أنفسهما؛ لم يجز[1].

قوله: **(أنَّ أباهما أوصى إلى فلان)**.

الظاهر: أن المراد الإيصاء؛ ولذا عدَّي بـ (إلى)، لا المال وإلا عداه[2] باللام، والنفع على الأمرين مختلف[3].

ومن أسند وصيته إلى أم ولده على أن لا تتزوج؛ جاز، فإن تزوجت؛ عزلت، وكذلك لو أوصى لها بألف درهم على أن لا تتزوج فأخذتها، فإن تزوجت؛ أخذت منها[4].

قوله: **(على ألا تتزوج)**.

في العتبية - في رجل صالحته امرأته على أن يفارقها، وتعطيه شيئاً من مالها

=

هل يلزمها النكاح قياساً على من وكَّل رجلاً على سَلَمٍ فأسلم إلى ولده أو يتيمه؟ فمنع من ذلك ابن القاسم وإن لم يحاب، وأجازه سحنون؛ فكذا النكاح لا يمضي على قول ابن القاسم ويجوز على قول سحنون.

المشدالي: فكأن اللخمي أشار إلى تخصيص العموم الذي في مسألة النكاح بالقياس على مسألة الوكالة على السلَم، وعلى هذا فلا معارضة. والله أعلم.

(1) التهذيب: 4/244.

(2) في (ع): (لعداه).

(3) المشدالي: أما على الأول: فهو الاحترام والجاه، وعلى الثاني: فبأن يكون لهما عليه دين. والله أعلم.

(4) التهذيب: 4/245.

على أن ألا ينكح أبداً، فإن فعل أُخِذ مِنْه ورُدَّ إليها - قال مالك: له ما أخذ منها، وما شرطته أنه لا يتزوج أبداً لا يلزمه[1].

ابن رشد: هذا كما قال؛ لأنه[2] إذا لم يلزمه بالشرط ألا يتزوج عليها؛ فأحرى ألا يلزمه أن يرد إليها ما أخذ منها إن نكح[3].

ابن رشد - في موضع آخر -: وأما اشتراطه عليها ترك النكاح بعد الحولين بمدة قريبة أو بعيدة؛ فلا يلزمها اتفاقاً، كما لا يلزم الزوج اشتراط ذلك عليه[4].

قلتُ: ونقل هذا في الطرر عن أبي عبيد.

قال مالك: ويُصدَّقُ في الإنفاق عليهم إن كانوا في حجره إن لم يأت بسرف[5].

قوله: (**قال مالك: ويُصدَّقُ في الإنفاق عليهم...**) المسألة.

المتيطي: إذا ذهب الوصيُّ إلى أخذ البراءة من القاضي بما أثبته على اليتيم الحاضن لنفسه، فأثبت[6] عنده الإنفاق، ذكرت إعذار القاضي إلى اليتيم.

وقال ابن الهندي: حضرتُ بعضَ القضاةِ يقضي بسقوط الإعذار إلى اليتيم

---

(1) المشدالي: مسألة العتبية هي أول رسم سعد من سماع ابن القاسم من كتاب التخيير والتمليك.

(2) قوله: (لأنه) ساقط من (ش).

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 5/212.

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 5/249.

(5) التهذيب: 4/245-246.

(6) في (ع): (وأثبت).

في النفقات التي ينفقها الوصي عليه من جهة الولاية التي لزمته.

ويقال: إن الولاية تُسقِط الإعذار إليه؛ وإنما يعذر القاضي إلى من ملك أمر نفسه.

ابن الهندي: والحزم في ذلك الإعذار إليه[1] إذا كانت النفقات اندفعت إليه لحضانته؛ لأن الإعذار إليه في نفقته وكسوته ومصالحه التي شهد عليها بقبضها من الوصي؛ هو كإشهاده على نفسه أوَّلاً بقبضها؛ لا فرق بينهما.

وقد أجاز بعض أهل العلم للمولَّى عليه أن يقبض من الوصي ما يُختَبَر به في التجر، وهو أعظم من قبضه لنفسه؛ ولذا أجازوا يمينه فيما يأخذه لنفسه إذا قام له شاهد، وأجيز طلاقه وعتقه لأم ولده، ومن أجيز له مثل هذه الوجوه فلا ينبغي سقوط الإعذار إليه.

قلتُ: سئل ابن رشد عن يتيمة عليها وصيٌّ أشهد لها عند موته بعشرين ديناراً، ولم يدَّع هو أن له عليها شيئاً، فلما مات وطلبت ما أوصى لها به[2]، قام ورثته وادعوا أن له عليها حضانة، وأثبتوا أنها كانت في حضانته، فهل لهم محاسبتها بما ادعوه؟ أم لا؟

الجواب: إشهاد الوصي[3] يوجب لها ما أوصى لها به، ولا مقال لورثته عليها، ولا يلتفت إلى ما أثبتوه[4]..

---

(1) انظر: الأحكام، لأبي المطرف المالقي، ص: 511.

(2) قوله: (به) ساقط من (ع).

(3) قوله: (إشهاد لوصي) يقابله في (ع): (شهادة الوصي).

(4) انظر: مسائل ابن رشد: 1/253.

قلتُ: سئل سعيد بن حسان عمن أوصى لرجل[1] بولده فلما كبر الولد ادعى علي الوصي أن لأبيه ديناً على الوصي، وأراد تحليفه.

قال: لا يمين عليه[2].

ونقل شيخُنا - في مختصره - في الأب قولَين.

وإن كان للعبد امرأة حرة، وولده منها أحرار، فأوصى سيد العبد لجميعهم بثلث ماله؛ عتق العبد في ذلك؛ لأن ولده ملكوا بعضه، وملك هو من نفسه البعض[3].

قوله: **(لأن ولده ملكوا بعضه).**

نحوه في سماع أبي زيد - فيمن أوصى فقال: "ثلث مالي إلى ابن عبدي"، ولعبده ابنٌ حرٌّ - قال: إن كان ابن عبده كبيراً، فقبل تلك الوصية؛ عتق عليه أبوه، وإن لم يقبلها؛ عتق ثلثه - يريد أباه - وإن كان صغيراً؛ عتق عليه ثلثه فقط، وإن كان الثلث أكثر من رقبة ابنه أعطيه الابن[4].

---

(1) في (ع): (إلى رجل).

(2) انظر: الأحكام، لأبي المطرف المالقي، ص: 497.

(3) التهذيب: 4/248.

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 13/345، 346.

وزاد المشدالي بعده: ابن رشد: معناه في الكبير إذا قبل، وأما الصغير إذا عتق عليه ثلث أبيه فإنه يعطى سائر ثلث الموصى.

ومن أوصى لرجل بخدمة عبده سنة؛ لم يجز للورثة بيعه على أن يقبضه المشتري إلى سنة، وإن أوصى له بخدمة عبده، أو سكنى داره سنة، جعل في ثلث قيمة الرقاب[1].

قوله: (**لم يجز للورثة بيعه...**) المسألة.

قلتُ: تقرير بحث كان الشيوخ يوردونه هنا على عدم صحة هذا البيع، وإن كان ببادي[2] الفهم أنه ظاهر؛ لأنه تأخيرُ قبضٍ معين أن يقال - بعد مقدمة مسلَّمةٍ وهي أن صفة المجهول مجهولة -: لو لم يصح بيع العبد، ويقبض بعد سنة؛ لم يصح استئجاره سنتين أو ثلاثاً - مثلاً - والتالي [64/أ] باطل، فالمقدم مثلُه.

بيان الملازمة أنا قررنا أن[3] صفةَ المجهول مجهولةٌ، فصفة العبد في السنة الثانية والثالثة - مثلاً - في الإجارة مجهولةٌ، فلا يصح استئجاره.

فإن اعتبرت الجهالة قادحةً؛ امتنع في الإجارة، وإلا لم تمتنع[4] في البيع في مسألتنا.

الجواب: أنا نقول: صفة المجهول مجهولة، والجهالة قادحة؛ لكنَّ الجهالة بصفة الشيء على وجهين:

جهالةٌ لم يسبِق قبضُ أمثال تلك الصفة.

---

(1) التهذيب: 4/248.

(2) في (ش): (بباد في).

(3) قوله: (أن) ساقط من (ع).

(4) في (ع): (لم يمتنع).

وجهالةٌ بصفةٍ سبقَ قبضُ أمثالها، فتستصحب المماثلة في كل الزمان المعقود عليه.

والأولى قادحةٌ؛ وهي الموجودة في صورة البيع.

والثانية غير قادحة؛ وهي المفروضة في صورة الإجارة.

فحاصلُه أن الملازمة على الإطلاق ممنوعةٌ، ولقائل أن يقول: قد تقرر أن العرض لا يبقى زمانَيْن، والجوهر يبقى أزمنةً - فضلاً عن زمانين[1] - والمنافع بمنزلة الأعراض.

والمنافع المشتراة في الأزمنة المستقبلة معدومةٌ مجهولةٌ، فالقدح فيها أظهر من القدح في الذوات[2]؛ فاللازم العكس.

قلتُ: قد أشرنا في الجواب إلى ما يزيل هذا التشكيك؛ وهو قولنا: "سبق قبض أمثالها"؛ هذا القدر محقق في المنافع، فصارت بمنزلة وجود الذات، والقبض معدوم في مسألة البيع، فكيف يحكم باستصحاب وجوده!

ومن وهب حمل أمته، أو تصدق به، أو أوصى به، ثم أعتقها هو أو ورثته؛ عتقت بما في بطنها، وبطلت الوصية والعطية، ألا ترى أنه لو وهب ما في بطنها لرجل، ثم فلس بيعت، وكان ما في بطنها لمن اشتراها[3].

قوله: **(وكان ما في بطنها لمن اشتراه).**

---

(1) في (ش): (زمنين).

(2) قوله: (الذوات) زيادة من (ع).

(3) التهذيب: 4/249.

أبو إبراهيم: يؤخذ منه الرجوع في العطية.

وانظر مسألة العاريَّة، ومذهبه: أنها تلزم بالعقد.

قلتُ: لا خفاء في ضعف هذا الأخذ؛ لأن البطلان لمانع لا يدل على صحة الرجوع، ألا ترى إلى بطلان الحبس ونحوه من كل ما اشترط فيه الحوز بموته وفلسه ومرضه، مع عدم صحة الرجوع.

ومن قال في مرضه: يخدم عبدي فلاناً سنة، ثم هو حر؛ فلم يقبل فلان الخدمة، خدم العبد ورثة الميت سنة ثم يعتق، ولو وهبها للعبد، أو باعها منه؛ عتق مكانه[1].

قوله: **(فلم يقبل فلان الخدمة).**

يؤخذ منه أن الكسرة إن لم يقبلها الفقير؛ رجعت ملكاً.

وإن كان الموصى له غائباً ببلدٍ ناءٍ، آجره له السلطان وأُعتق للأجل، إلا إن كان أريد به وجه الكفالة والحضانة[2].

قوله: **(وآجره له السلطان).**

يقوم من هذه المسألة أن الغائب إذا خلَّف رَبْعاً لا نائب له عليه؛ أن القاضي يُكريه.

ثمَّ؛ هل يقبض الكراء ويوقفه؟ أو يتركه في ذمة المكتري خوفَ هلاكه إذا قبضه؟

---

(1) التهذيب: 4/250.

(2) التهذيب: 4/250.

للشيوخ في هذا المعنى كلام.

والصواب: إن كان المكتري مأموناً ترك، وإلا أخذ ووقف.

قالوا: ويحمل الغائب على القبول، ولو قدِمَ ولم[1] يقبل؛ رُدَّ ميراثاً[2].

والأمة الموصى بخدمتها لرجل حياته أو أجلاً مسمى، وبرقبتها لآخر بعد الخدمة إذا ولدت في الخدمة؛ فولدها يخدم معها. وكذلك ولد العبد المخدم من أمته يولد في الخدمة، ونفقة الموصى بخدمته في الخدمة على المخدم[3].

قوله: (وكذلك ولد العبد المخدم).

قال بعضهم: ظاهرُه سواء حدث بعد عقد الكتابة أو قبلها.

وقيَّدَها اللخمي بـ(بَعْد)، وأما قبل فلا يدخل.

لكن في سماع ابن القاسم من الحبس أنه يخدم سواء كان سابقاً أو لاحقاً.

قلتُ: ونصُّه: سمعت مالكاً قال: من أعمر خادماً أو عبداً ولا مال له، ثم أفاد مالاً، أو ولد له ولد.

قال مالك: ما ولد للأمة، أو كان للعبد من ولد من أمة يمكلها، فهو على مثابتهما يخدمان المعمر حياته، وما كان من مال؛ فهو موقوف بأيديهما يأكلان منه، ويكتسيان بالمعروف، وليس للمعمِر ولا للمعمر[4] انتزاعه ما عاشا، فإن

(1) قوله: (ولم) زيادة من (ع).

(2) المشدالي: قد تقدم في العيوب ما ذكره ابن سهل في مسألة كراء الحبس فانظره.

(3) التهذيب: 4/250.

(4) في (ش): (للعمر).

ماتا؛ ورثهما الذي يملك الرقبة.

ومرَّ في مسألة[1] ابن رشد قوله: إن ما ولد للأمة أو[2] للعبد؛ فهو بمنزلتهما صحيحٌ؛ لقوله عليه السلام: «**كل ذات رحم...**» الحديث[3].

قلتُ: لم ينبه ابن رشد على هذا[4]. وقرره صدرَ السؤال في قوله: "ثم أفاد مالاً أو ولد له"؛ أنه سؤال عما يتجدد.

وقوله في الجواب: "ما ولد أو كان للعبد"، وقول ابن رشد في تقريره: "يحتمل السابق واللاحق"[5]، فهو قابل للتقييد، فكيف نسب التصريح للعتبية.

وقول ابن رشد صحيح[6]؛ لأنه يلزم عليه كون الدعوى عامة والدليل خاص، لأن من مفروض الدعوى العبد وإلا يتناوله الحديث؛ لأنه ليس بذات رحم.

ابن رشد: وأما قوله: "فيما وهب لهما إنه موقوف" ففيه نظرٌ؛ لأن نفقة الأمة المخدمة، وكسوتها على المخدم على المشهور من المذهب، فالقياس أن

(1) في (س): (المسألة).

(2) في (ع): (و).

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 12/208 و209، والخبر من قول مالك رحمه الله، كما في الموطأ: 5/11182، كتاب المدبر، باب القضاء في المدبر، برقم: 3000.

(4) المشدالي: يعني ما أشار إليه اللخمي من التقييد بالبَعْدية.

(5) المشدالي: لأن الواقعةَ في الجواب إن كانت بمعنى حدث، فالمراد اللاحق وإلا فالسابق، والاحتمال في تقرير ابن رشد من جهة تقدير متعلق المجرور في كلامه وهو بيِّنٌ.

(6) في (ع): (غير صحيح).

يكون ما وُهِب لهما لمالك الرقبة[1].

المتيطي: نفقة العبد المخدم وكسوته من عمله، وما فضل للموهوب.

وإن كان العبد ممن لا أجر له؛ فعلى من له الإخدام إلا أن يتحمله الواهب، ويصرح به في الهبة.

ولو كان الإخدام الأيام اليسيرة؛ كانت النفقة على رب العبد.

قاله ابن الماجشون، وبه أخذ ابن العطار وغيره.

ابن الفخار -عن مالك -: في نفقة المخدم ثلاثة أقوال:

- على ربه.
- على المخدم.
- على العبد.

ابن العطار: ما في وصاياها لا بيان فيه؛ لأن يحتمل كسر الدال وفتحها[2]، والذي تأوله[3] ابن الفخار بالفتح.

المتيطي: وفي تأويل الفتح نظرٌ؛ لأن في زكاتها على مالك الرقبة في موضعَين، فهو خلاف هذا.

قلتُ: ويؤخذ من هنا أن نفقة الفرس المعار على المستعير.

---

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 209/12.

(2) المشدالي: هذا وجدتُّه: (بكسر الخاء وفتحها)، والصواب: (بكسر الدال وفتحها). انظر عياضاً والشيخ.

(3) في (ع): (يتأول).

وتجوز وصية صبي ابن عشر سنين وأقل - مما يقاربها - إذا أصاب وجه الوصية، وذلك إذا لم يكن فيها اختلاط[1].

قوله: **(إذا أصاب وجه الوصية)**.

سئل ابن عبد السلام عن صبي سنه فوق عشر سنين أوصى بثلثه لنفر[2] من[3] الناس، فبعد وفاته قام عَصَبتُه على الموصى لهم، وقالوا: الصبي لم يعقل القربة، ولم يميز بين الحسنات والسيئات؛ فوصيته باطلة، وقال الموصى لهم: بل يعقل ويميز؛ فعلى مَن ترى الإثبات؟

الجواب: يسأل شهود الوثيقة، فإن قالوا: نعلم أنه مميزٌ، أو ثَبتَ ذلك بغيرهم؛ صحت الوصية، فإذا عجز الموصى له عن إثبات ذلك؛ لم تنفُذ الوصية.

قلتُ: فحاصل هذا الجواب الظريف أنَّ الموصى له مدع؛ لأن الأصل عدم التمييز.

ونحو هذا الجواب قول ابن زرب: لو قال الورثة: بعض[4] المال لم يعلم به الموصي؛ لأنه ورثه ولا علم له به، وقال الموصى له: بل علمه، فأخذ ثلثه. فقال ابن زرب: على الموصى له إثبات أنه علمه، وإلا فليس له إلا ثلث ما أقر الوارث بعلمه[5].

---

(1) التهذيب: 4/ 251.

(2) في (ع): (ليفرق).

(3) في (ع): (في).

(4) قوله: (الورثة: بعض) يقابله في (ع): (بعض الورثة).

(5) المشدالي: فتوى ابن زرب هذه نقلها صاحب الطرر في ترجمة تقييد عداوة لتكون عدة =

في الربع الأخير منه، وزاد بعدها فقال: وانظر ما في الواضحة - فيمن قال: ثلث مالي صدقة على فلان عشت أو مت، ثم مات فادعى ورثة الموصي أنه أفاد الميت أموالاً بعد الصدقة، وقال الموصى له لم يفد شيئا - ففي ذلك اختلاف.

قال ابن رشد: والأظهر أن يكون له ثلث جميع ماله يوم يموت إلا أن يعلم أنه أفاد شيئاً بعد الصدقة فلا يكون له منه شيء.

ولو قيل: إنه يكون له ثلث جميع ماله يوم مات على حكم الوصية، وإن علم أنه أفاده بعد ذلك لقوله: عشت أو مت؛ لكان قولاً؛ لأن من أوصى بثلث ماله لرجل فله ثلث ما أفاد بعد الوصية.

وأما الرجل يسوق نصف ماله لزوجه ثم يدعي أنه اكتسب ملكاً غيره، وأنكرت المرأة، ولا بينة لواحد منهما، فهنا تأخذ المرأة نصف ماله الآن حتى يثبت اكتسابُه لذلك بعد ذلك اتفاقاً.

المشدالي: كلام ابن رشد هذا وقع له في النكاح من الأسولة، ومن هذا المعنى ما ذكر في النوادر في الجزء الثاني من الدعوى والبينات عن أشهب في الموازية والمجموعة - فيمن أوصى إن مات من مرضه هذا ففلان حرٌّ، ثم مات، فقال الورثة: مات بعد أن صحَّ، وقال العبد: بل مات من مرضه ذلك - أنَّ الورثة مصدقون مع يمينهم؛ لأن العبد يدعي الحرية، وإن أقام كلٌّ بينة قُضي بأعدلها.

المشدالي: وفي رسم (العتق) من سماع أشهب من كتاب العتق: قال أشهب - فيمن قال عند موته مسلموا رقيقي أحرار، فلما مات الرجل ادعى رقيقه كلهم أنهم مسلمون، وادعى ولد الميت أنهم كلهم نصارى ولا بينة لواحد منهم - إن الإثبات على الورثة أنهم نصارى إذا ادعى العبيد أنهم مسلمون.

ولو قال الميت: نصارى رقيقي أحرار وادعوا أنهم نصارى، وقال الورثة: أنهم مسلمون فعلى الورثة الإثبات أنهم مسلمون.

ابن رشد: هذا بين لأن من ادعى خلاف ما قال الميت فهو المدعي، وقد أحكمت السنة أن "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"، إلا أنه لا يمين هنا على المنكر؛ لأن العتق قد وجب له بكونه على الدين الذي قال الميت أن يعتق من كان عليه، فعلي

وإن أوصى لعبد نفسه بمال، كان للعبد إن حمله الثلث، وليس للوارث انتزاعه، ويباع بماله، ولمن اشتراه انتزاعه[1].

قوله: **(ولمن اشتراه انتزاعه).**

القاعدة أنه لا يملك المشتري إلا ما يملكه البائع، والانتزاع لا يملكه البائع؛ فيلزم ألا يكون للمشتري.

الجواب: إن الموصي لما قصد اختصاص العبد به لم يكن للوارث انتزاعُه، ولو انتزعه؛ لبطل قصد الموصي، وذلك تغيير للوصية.

قلتُ: وفي فروعنا ما يشهد لهذا المعنى؛ وهو ما نص عليه الصقلي عن مالك وغيره - فيمن حبس على عبده - **[64/ب]** أنه يجوز ولا يستثنيه في عتق ولا بيع، وليس للمشتري أخذه، وله انتزاع ما حصل من غلة الحبس.

فأما المريض يحل حول زكاته، أو يقدم عليه مال حلَّ حوله، فما عرف من هذا فأخرجها في مرضه أو أمر بذلك ثم مات؛ فإنها فارغة من رأس ماله، فإن لم يأمر بها؛ لم يقض بها على الورثة، وأمروا بغير قضاء[2].

قوله: **(فارغة من رأس ماله).**

كتب بعض الموثقين الأندلسيين وثيقة في المدبر، وذكر فيها **(فارغاً من**

=

من ادعى أن يرقه البينة، فإن عدمت لم يكن له على المدعى عليه الرق يمين؛ إذ لا يمين على من ادعى عليه أنه عبد.

(1) التهذيب: 4/252.

(2) التهذيب: 4/255.

رأس المال)، فدخل بها على بعض القضاة.

فقال له القاضي: هل عندك من شيء غريب؟

فأخرج الوثيقة، فطفق يقرؤها حتى بلغ: (**فارغاً من رأس المال**).

فقال له القاضي: أعدها فأعادها.

فقال له القاضي: صحَّفْت يا فقيه، فتأمل!

فقال له: كذا رويتُها ووضبطتها عن أشياخي، وكذا هي في الأمهات.

فقال له القاضي: كلُّ كتابٍ وقَعَتْ فيه كذلك، أو شيخ رواها فقد أخطأ.

فخرج من عنده، ولم يُفهِمه جوابَها، فتحيَّر الطالبُ الموثِّق.

ثم أخذ يوجِّه أسئلة فيها إلى قرطبة ونواحيها، فاضطربَت أجوبتُهُم فيها؛ فقال له بعضهم: يصح فيه الوجهان.

وقال بعضهم: بالغين المعجمة.

وقال بعضهم: بالمهملة.

فلما انتهى ما وجَّه من الكتب رجع إلى القاضي.

فقال له القاضي: كلهم أخطأ، واللفظة بالعين المهملة، وأول من صدرت منه مولانا عمر بن الخطاب ﵁.

قلتُ: هذا الموثّق إن كان بعد عياض؛ فهو قاصر.

وقد نصَّ عليها عياضٌ في كتاب العتق الأول، وكتاب العاريَّة[1].

---

(1) المشدالي: الأمر كما ذكره عن عياض وعن الهروي، وأن اللفظة إنما هي بالعين المهملة.

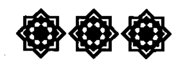
وإن كان قبل عياض؛ فقد نص عليها صاحب الغريبَين في باب الفاء، ونحوه لصاحب العين.

ومن أوصى بشيء في السبيل، بدئ بأهل الحاجة منهم، وإن قال: ثلث مالي لفلان وللمساكين، أو في السبيل والفقراء واليتامى؛ قسم بينهم بالاجتهاد لا أثلاثاً ولا أنصافاً[1].

قوله: **(لفلان وللمساكين).**

تقرير معارضتها لصلح الموضحتين أن يقال: ضم المعلوم، وهو فلان هنا، وموضحة الخطأ في الصلح إلى المجهول؛ وهو المساكين، وموضحة العمد فيما يصرف لأجلهما إما أن يوجب إلغاء المعلوم كما في الوصية؛ فيلزم الشفعة بقيمة الشقص، أو لا يلزم قسم الثلث في الوصية نصفين.

الجواب: قصدُ الموصي سدَّ الخلة يناسبه كون الاجتهاد له مدخلٌ في صرفها، بخلاف المعاوضة عن الموضحتين.



(1) التهذيب: 4/256.

كتاب الوصايا الثاني

كتاب الوصايا الثاني

وإذا شهد ولدان للميت أن أباهما أعتق هذا العبد، وشهد أجنبيان أنه أوصى بالثلث لرجل، والعبد هو الثلث، فإن كان عبداً يتهمان في جر ولائه، لم تجز شهادتهما وجازت الشهادة بالوصية، وإن لم يتهما، فهي جائزة، وهذا كشهادتهما بذلك ومعهما من الورثة نساء، فما يتهمان فيه مع النساء يتهمان فيه مع الموصى له. ابن القاسم: ومن قال في وصيته: يخدم عبدي فلاناً سنة ثم هو حر، ولم يدع سواه، فإن لم يجز الورثة، بُدئ بالعتق، فعتق ثلث العبد بتلاً وتسقط الخدمة. قال سحنون: وعلى هذا أكثر الرواة. قال مالك: ومن أوصى لرجل بخدمة عبده سنة، أو سكنى داره سنة، وليس له مال غير ما أوصى فيه، أو له مال لا يخرج ما أوصى به من الثلث، خيّر الورثة في إجازة ذلك أو القطع بثلث الميت من كل شيء للموصى له. قال سحنون: وهذا قول الرواة كلهم لا أعلم بينهم فيه اختلافاً. قال مالك: وأما إن أوصى له برقبة عبد أو دار، والثلث لا يحمل ذلك، فإنه يقطع لذلك محمل الثلث في تلك الأعيان. قال سحنون: وهذا في الوصية بالخدمة والسكنى قول الرواة كلهم، لا أعلم بينهم فيه اختلافاً، وهو أصل من أصول قولهم. وكذلك قال ابن أبي سلمة إذا أوصى بسكنى داره ولا مال له غيرها: إن الورثة يخيرون في إجازة ذلك أو يقطعون له بثلثها بتلاً[1].

حاصل ما تكلم فيه إلى أوائل الترجمة الرابعة ثلاثُ مراتب، إذا اتحد الموصى له بالخدمة، ثم الرقبة إما أن ترجع حرة أو لآخَر، أو يتعدد الموصى له،

(1) التهذيب: 4/263-265.

أو مركبة من الخدمة والرقبة، ثم مرجعها إلى حرية أو لآخر.

وإن أخدمت عبدك رجلاً أجلاً مسمى، فمات الرجل قبل انقضاء الأجل؛ خدم العبد ورثته بقية الأجل إذا لم يكن من عبيد الحضانة والكفالة؛ وإنما هو من عبيد الخدمة[1].

قوله: **(خدم العبد ورثته بقية الأجل).**

قلت: في سماع ابن القاسم - فيمن قال: أنفقوا على فلان عشر سنين، فعزلته نفقة عشر سنين، ثم أنفق عليه، ثم مات بعد سنتين أو ثلاث - لمن ترى ما بقي؟

قال: أراه لورثة الموصي؛ بمنزلة من يقول: أنفقوا على فلان ما عاش،فيعزل له مال، فيموت، فإنه يرجع لورثة الموصي.

ابن رشد: هذا كما قال، وذلك بخلاف لو أوصى بخدمة عبد عشر سنين، أو سكنى دار عشر سنين،هذا إن مات المُخدَم أو المُسكَن قبل تمام المدة كان لورثتهما باقي[2] الإخدام والإسكان، على ما قاله في المدونة، ولو أوصى أن يقام بإخدامه أو بإسكانه عشر سنين من غير تعيين لكان كالنفقة؛ يرجع ما بقي لورثة الموصي[3].

(1) التهذيب: 4/267.

(2) في (ع): (ما بقي).

(3) البيان والتحصيل: 12/432، 433.

ومن قال: قد وهبت خدمة عبدي لفلان، ثم مات فلان؛ فإن لورثته خدمة العبد ما بقي، إلا أن يستدل من قوله: إنه إنما أراد حياة المخدم[1].

قوله: **(ومن قال: قد وهبت).**

أبو إبراهيم: أتى بها على وجه الدليل.

ويؤخذ منها ما قال ابن رشد: "من نحل ابنته غلة أملاكه".

اللخمي: قول أشهب: ترجع إليه بعد موت البنت.

ونقلها اللخمي في الهبة.

ويؤخذ من قوله: **(إلا أن يستدل)** صحة الشهادة على الفهم[2].

ومن أوصى بعتق عبدٍ، وهو لا يخرُج مما حضر، وله مال غائب يخرج فيه؛ فإن العبد يوقف لاجتماع المال، فإذا اجتمع قوّم حينئذ في ثلثه، وليس له أن يقول: أعتقوا مني ثلث الحاضر الساعة[3].

قوله: **(ومن أوصى بعتق عبدٍ وهو لا يخرُج مما حضر).**

---

(1) التهذيب: 4/267.

(2) المشدالي: وفي إعمالها خلاف.

قال ابن رشد في السابعة من رسم (الطلاق) من سماع أشهب من كتاب التخيير والتمليك: وفي إعمال شهادة الشهود بما يظهر لهم من قصد المشهود عليه وإرادته خلاف؛ أجازها هنا وفي سماع أصبغ من التدبير، وزاد أصبغ أنَّ للشاهد أن يبت الشهادة بذلك، ولم يعملها في رسم (الكبش) من سماع يحيى من الأيْمان بالطلاق.

(3) التهذيب: 4/271.

قال شيخنا أبو عبد الله: كذا في أكثر النسخ (عبد) بغير إضافة، والصواب: (عبده) بالإضافة؛ لأنه معين، وكذلك يقع في بعض النسخ.

ولا يجزئ أن يحج عنه صبي، أو عبد، أو من فيه علقة رق، إذ لا حج عليهم، ويضمن الدافع إليهم، إلا أن يظن أن العبد حر، وقد اجتهد ولم يعلم؛ فإنه لا يضمن[1].

قوله: (**إلا أن يظنَّ أنَّ العبدَ حرٌّ...**) المسألة.

في سماع ابن القاسم - في الرجل يوصي بالرقبة - أترى أن يُشترى أبوه أو[2] أخوه فيعتق عنه؟

قال: إن كان تطوعاً؛ فأرى[3] ذلك، وإن كان واجباً؛ فغيره أوجب.

ابن رشد: لا يجزئ عنه في الواجب، ويضمن الوصي إن فعل، وإذا لم يعلم الوصي العتق الذي أوصى به هل هو تطوع أو واجب، فلا ينبغي أن يعتق عنه أب أو أخ؛ مخافة أن يكون العتق واجباً ولا يجزئ، فإن فعل لم يضمن[4].

وفي سماع أبي زيد: فإن قال: أعتقوا عني رقبةً فأعتقوها، ولم يسمِّ من أي شيء، أهي على الواجبة حتى يعلم غير ذلك؟

قال: على غير الواجبة حتى يعلم الواجب.

---

(1) التهذيب: 4/275.

(2) في (ع): (و).

(3) في (ع): (فإن).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 12/441، 442.

ابن رشد: هذا كما قال؛ لأن الأصل براءة الذمة[1].

قلت: وفي سماع أبي زيد - أيضاً - في وصِيٍّ اشترى رقبةً فإذا هي نصرانية؛ إن كان من ظهار أو شيء واجب ضمِن؛ لأنه فرَّط حين لم يسأل، ولم يفحص[2].

ابن رشد في موضع آخر: لا خلاف عندي أنه يضمن إذا تبين تفريطه؛ وإنما الخلاف إذا لم يتبين، فحمله في المدونة على غير التفريط فلم يضمِّنه، وحمله في سماع أشهب على التفريط فضمنه[3].

قلت: قال صاحب النهاية: إذا كان في علم الشهود ملك البائع للمملوك المبيع للعتق؛ استغنيت عن إقرار العبد بالرق في وثيقة الابتياع، وتضمَّن عقد الإشهاد معرفة الشهود للمملوك، ولا عهدة في هذه الرقبة المشتراة للعتق لا ثلاث ولا سَنة، وبيعها كبيع البراءة من العهدة.

ولا بد أن يشهد بملك المبيع للبائع، وبه يتم التنفيذ، ويكون ذلك براءةً للمنفذ، وإن لم يثبت الملك، واستحق العبد؛ ضمِن الوصيُّ الثمنَ، ولزمه عتق رقبة أخرى يعرف ملك البائع لها.

وكذلك لا يبرئه القاضي إذا أراد الوصي براءة إلا بعد ثبوت الملك.

---

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 13/340، 341.

(2) في (ع): (يفهم)، وانظر المسألة في: البيان والتحصيل، لابن رشد: 13/430.

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 13/78.

قال ابن القاسم: ومن قال في وصيته: أحجوا فلاناً، ولم يقل: عني؛ أُعطي من الثلث قدر ما يحج به، فإن أبى أن يحج؛ لا شيء له، وإن أخذ شيئاً رده، إلا أن يحج به[1].

قوله: (إنْ أبى أن يحجَّ لا شيء له).

قال شيخنا أبو عبد الله: كان بعض الشيوخ يأخذ من هذه المسألة: لو أوصى لرجلٍ بمال ليتزوج به، فلم يتزوج؛ أنه يرجع ميراثاً.

والذي عندي أنه يُنظَر إلى ما يُفهم بالقرائن من حال الموصي؛ إن كان أراد الإرفاق والتوسعة عليه فيكون له ولو لم يتزوج، وإن أراد خصوصية النكاح رجع ميراثاً، وإن جُهِل الأمر؛ فالأصل عدم تجاوز النكاح، فإن انعدم رجع ميراثاً.

قلت: والظاهر أنه يجري الأمر فيها على ما قاله بعض الشيوخ في كتاب المكاتب، فيمن أخذ مالاً ليغزو به فلم يغز أنه يرده.

وكذلك ابن السبيل إذا دُفِع له مالٌ ليتحمل[2] به فلم يسافر؛ أنه يرده.

ومن دفع [65/أ] له مال ليقرأ عليه فلم يفعل؛ فإنه يرده.

وحُكيَ أنَّ الفقيه التادلي وقعت له هذه المسألة، دفع له أبوه مالاً ليقرأ عليه، فرأى أن غرض أبيه لم يحصل، فرد المال لأبيه، وأخبره أنه لم يبلغ من القراءة غرَضَه، فأتى أبوه إلى أحد الصالحين، فشكا له أمره، فدعا له، وقال:

---

(1) التهذيب: 4/ 277.

(2) في (ع): (يتحمل).

اللَّهم افتح له[1] المدونة كما فُتحتْ لسحنون[2].

أوصى لرجل بشيء بعينه من صنف، ذكر منه كيلاً، أو وزناً، أو عدداً من طعام، أو عرض، أو عين، أو غيره، أو بعدد بغير عينه من رقيق عنده، أو غنم، ثم أوصى له من ذلك الصنف بأكثر من تلك التسمية أو أقل؛ فله أكثر الوصيتين كانت الأولى أو الآخرة، وإن كان أوصى له آخراً بنصف آخر؛ فله الوصيتان جميعاً[3].

قوله: (فله أكثر الوصيتين).

في سماع أبي زيد: - فيمن قال: لفلان عشرة، ولفلان عشرون، ولفلان ثلاثون، ثم قال في مرضه الذي مات فيه: لهم ثلث مالي، فمات - قال: يعطى

(1) في (ع): (عليه).

(2) المشدالي: والصالح الذي دعا له ذكر بعضُهم أنه الشيخ أبو يعزى رحمه الله.

قاله الشيخ أبو الحسن في كتاب المكاتب.

وقال ابن رشد في أول نوازل عيسى من الوكالات: وإذا صالح الوكيل عن الغريم من ماله، فلم يجز الموكل الصلح؛ فله أن يرجع بما دفع من ماله؛ لأنه إنما دفعه على أن يحطَّ عن الغريم ما صالح على حظه، فإذا لم ينحط كان له الرجوع.

ولها نظائر كثيرة؛ منها مسألة المكاتب في المدونة في قوم أعانوا مكاتباً ليفكوه فلا يكون فيما أعانوه به وفاءٌ لكتابته أن لهم أن يرجعوا فيما أعانوا، إلا أن يجعلوا المكاتب في حِلٍّ.

ومن ذلك صلح مَن قتل رجلين فصالح أولياء أحدهما، وأبى أولياء الآخر؛ فإنَّ له أن يرجع؛ لأنه إنما صالح على النجاة من القتل.

قاله في سماع يحيى من الدعوى.

(3) التهذيب: 4/284.

لكلٍ ما سمَّى له، ثم ينظر إلى ما فضل فيكون بينهم بالسوية.

وقال مرة: يكون بينهم على الحصص.

ابن رشد: قول ابن القاسم هذا على خلاف أصله فيمن أوصى لرجل بوصيتين؛ لأنه يكون له الأكثر منهما؛ كانت الأولى أو الأخيرة[1].

وإن قال: العبد الذي أوصيت به لزيد هو وصية لعمرو؛ فذلك رجوع[2].

قوله: **(وإن قال: العبد الذي أوصيت به لزيد...)** المسألة.

في سماع أبي زيد: - فيمن قال: ميمون ومرزوق وجابر عبيدي لمحمد، وجابر عبدي لعبد الرحمن - قال: ميمون ومرزوق لمحمد، وجابر بين عبد الرحمن ومحمد إذا حملهم الثلث، فإن كان لم يترك غيرهم كان ثلث ميمون ومرزوق لمحمد، وثلث جابر بين محمد وعبد الرحمن.

ابن رشد: هذا صحيح على المشهور في المذهب، المنصوص عليه في المدونة وغيرها، من أنَّ الرجلَ إذا أوصى لرجلٍ بشيء بعينه ثم أوصى به لغيره، لا تكون الوصيةُ الأخيرةُ ناسخة للأولى، بل يقسِمان ذلك بينهما[3].

وفي نوازل أصبغ من الوصايا - فيمن قال: غلامي مرزوق لمحمد، ولسعيد مثله - قال: يُعطى مرزوق لمحمد ويشترى لسعيد مثله في قيمته فيعطاه.

---

(1) البيان والتحصيل: 13/ 351، 352.

(2) التهذيب: 4/ 284.

(3) البيان والتحصيل: 13/ 321.

قلتُ له: فلو قال: عبدي مرزوق لمحمد، وسعيدٌ مثله؟

قال: هذا بخلاف الأول، وأراه بينهما نصفين؛ لأنه حين قال في الأولى: لسعيد فقد أخرج سعيداً من العبد وجعل له مثله آخر، وأما قوله: عبدي مرزوق لمحمد وسعيد مثله فكأنه قال: وسعيد مثل محمد في الوصية، فكان العبد بينهما.

قلتُ: وكذا لو قال: هذه المائة دينار لمحمد، وسعيد مثله؟

قال: أراها بينهما نصفين إذا كانت المائة بعينها.

قلتُ: فلو قال: هذه المائة لمحمد ولسعيد مثله، جعلتَ له مائة أخرى، فيعطى كل واحد منهما مائة؟

قال: نعم على قياس ثمن العبد.

ابن رشد: يريد: إذا لم تكن المائة بعينها فسواء قال سعيد مثله أو لسعيد مثله يعطى كل منهما مائة، وهي تفرقة صحيحة[1].

ومن أوصى لولد ولدِه بثلثه ولا يرثونه؛ فذلك جائز، قيل: فإن مات أحدهم، وولد غيرهم بعد موت الموصي قبل قسمة المال؟ قال: إن ذلك كقول مالك في الموصي لأخواله وأولادهم أو لمواليهم. قال ابن القاسم: أو لبني عمه، أو لبني فلان بثلثه، فذلك لمن حضر القسم، لا يحسب من مات بعد موت الموصي، ولا يحرم من ولد؛ لأنه لم يسم قوماً بأعيانهم[2].

---

(1) البيان والتحصيل: 13/307.

(2) التهذيب: 4/285.

قوله: **(قيل: فإن مات أحدهم)**.

اختصرها لوجهين:

أحدُهما: إشكال الحكم في الجواب؛ لأنه لا يلزم من دخول من يتجدد وسقوط من مات في الأصل.

وهو مسألة الأخوال، دخول من يتجدد وسقوط من مات في الفرع، الذي هو مسألة الأولاد، لما أشار إليه في المسألتين[1] من كونهم في المقيس عليها غير معينين فيناسب دخول من يتجدد؛ لظهور قصد التعيين في الأولاد.

الثاني: ما اشتمل عليه كلامه من التنافي، حيث جعل الأصل أوَّلاً في مسألة الأولاد مسألة الأخوال، وجعله آخِراً فرعاً.

وهذا هو النكتة التي أشار إليها البراذعي بقوله: **(وقال في بابٍ بعد هذا)**.

ابن رشد وغيره: أما الموصى له المعين فلا خلاف أنه يحلف مع شاهده ويستحق الوصية، وكذلك الجماعة المعينون.

وأما المساكين أو بني السبيل، أو بني تميم أو قريش أو الأنصار وشبه ذلك مما لا يحصى ولا يعرف بعينه، فلا خلاف أنه لا يمين في ذلك مع شاهد واحد.

ويختلف إذا أوصى لمن يحصره العدد كآل فلان أو مساكين آل فلان، فقيل: يحلف جلهم، ويستحقون الوصية لأنفسهم ولمن غاب منهم.

وقيل: لا يمين في ذلك.

والقولان قائمان من وصايا المدونة من مسألة الأخوال وأولادهم[2].

---

(1) في (ع): (المسألة).

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 10/ 93.

ومن قال: ثُلُثِي لفلان وفلان، وأحدهما غنيٌّ والآخر فقيرٌ؛ فالثلث بينهما نصفين، فإن مات أحدهما بعد موت الموصي؛ ورث نصيبه ورثته، وإن مات قبله؛ فللباقي نصف الثلث، ولا شيء لورثة الآخر، ويرجع نصيبه إلى ورثة الموصي[1].

قوله: (وأحدهما غنيٌّ والآخر فقيرٌ).

في سماع أصبغ في الذي يحبس داراً على فقراء بني فلان فيستغنوا، قال: تنزع منهم، وترجع إلى عصبة المحبس.

ابن رشد: قوله: "ترجع لعصبة المحبس" صحيحٌ؛ لأنهم غير معينين، وإنما حبس على[2] قصد الفقر والحاجة؛ لكثرة الأجر في ذلك دون التعيين.

ولو عيَّن المحبس عليهم، وسمَّاهم، وقال: "هذه الدار حبس على فلان وفلان وفلان الفقراء من بني فلان" فاستغنوا؛ لم ينزع منهم، وكانوا أحق بها طول حياتهم وإن استغنوا؛ لأن قوله: (الفقراء) إذا سمَّاهم إنما هو زيادة في بيان التعيين لهم بما وصفهم به، كما لو قال[3]: (الجهال)، أو (العلماء)، أو (الحكماء)، لم يسقط حقهم بانتقالهم من تلك الصفة إلى غيرها[4].

وإن أوصى لفلان بعشرة، ولفلان بعشرة، والثلث عشرة، فمات أحدهما قبل موت الموصي؛ فكان مالك يقول: إن علم الموصي بموته؛

(1) التهذيب: 4/289.

(2) قوله: (حبس على) ساقط من (ع)، غير موجود في النسخ.

(3) في (ش): (كان).

(4) البيان والتحصيل: 12/314.

فالعشرة للباقي، وإن لم يعلم حوصص بينهما، فيصير للحي خمسة، وترجع الخمسة التي وقعت للميت لورثة الموصي ميراثاً، وعليه أكثر الرواة[1].

قوله: (وإن أوصى لفلان بعشرة ولفلان بعشرة...) المسألة.

في رسم (نقدها) من سماع عيسى - فيمن أوصى، وقال: "لفلان عشرة ولفلان ما بقي من ثلثي"، فمات صاحب العشرة قبل الموصي - فقال: يحاص بالعشرة، سواء مات الموصى له قبل الموصي أو بعده؛ علم الموصي أو لم يعلم، وهو بمنزلة ما لو أوصى ببعير أو بعبد لرجل، وأوصى ببقية الثلث لرجلٍ، فمات البعير أو العبد قبل الموصي أو بعده، فإنَّ الموصى له ببقية الثلث يحاص بالبعير وبالعبد[2] الميت، علم الموصي بموته أو لم يعلم.

ابن رشد: هذه مسألةٌ صحيحةٌ، ولا يدخلها اختلاف قول مالك في المدونة في مسألة العشرة؛ لأن هذا إنما أوصى له بما بقيَ من الثلث بعد العشرة، أو بعد البعير وبعد العبد، فلا يكون له أكثر من ذلك صحَّت الوصية بالعشرة وبالعبد والبعير، أو لم تَصِحّ.

ومسألة المدونة إنما أوصى لكل واحد منهما بعشرة ولم يُبدِّ[3] أحدهما على الآخر، فمرة رأى للباقي العشرة كلها؛ لأن الثلث يحملها، ومرة لم ير له إلا نصفها؛ لأن الورثة تنزَّلوا منْزلة الموصى له الآخر إذا مات قبل الموصي أو لم

(1) التهذيب: 4/289-290.

(2) في (ع): (والعبد).

(3) في البيان والتحصيل: (يبدأ).

يقبل الوصية.

وقد قال ابن دحّون: كل ما ذكر فيه بقية الثلث فإن الموصى له[1] به يحتسِب عليه الورثة ما مات من مدبر أو معتق كان في الوصية، مات قبل الموصي أو بعدَه، فإن بقي له بعد ذلك شيء أخذه، وإلا فلا شيء له، فإن كان معه أهل وصايا مسماة؛ كانت لهم وصاياهم من الثلث كاملاً، ولا يحاسبوا بما مات من المعتقين والمدبرين؛ ماتوا قبل الموصي أو بعده، يأخذون وصاياهم من الثلث كاملاً، ثم يحتسب[2] على من أوصى له ببقية الثلث من مات من مدبر أو معتق، ويأخذ ما بقي بعد ذلك إن بقي شيء.

وقول ابن دحّون صحيح[3].

فمن أوصى في مرضه بأكثر من ثلثه، فأجاز ورثته ذلك قبل موته من غير أن يطلبهم الميت بذلك، أو طلبهم فأجازوا، ثم رجعوا بعد موته، قال: قال مالك رحمه الله: إذا استأذنهم في مرضه فأذنوا له، ثم رجعوا بعد موته، فمن كان عنه بائناً من ولد، أو أخ، أو ابن عم؛ فليس ذلك لهم. ومن كان في عياله من ولد قد احتلم، أو بناته، أو زوجاته؛ فذلك لهم[4].

قوله: **(ومن [65/ب] كان في عياله).**

أبو إبراهيم: انظر هل يعارِض هذا[5] ما في المكاتب؛ لأنه قال: فيمن

(1) قوله: (له) ساقط من (ع).

(2) في (ع): (يحتسبوا).

(3) البيان والتحصيل: 13/86، 87.

(4) التهذيب: 4/291.

(5) قوله: (هذا) ساقط من (ع).

كاتب عبده في مرضه، وقيمته أكثر من ثلثه، وللميت ورثةٌ كبارٌ فأجازوا في مرض الميت، ثم رجعوا بعد الموت، إن ذلك لازم لهم ولا يقبل رجوعهم ولم يفرّق كما هنا.

وكذلك نقلها الجلاب مطلقاً أيضاً[1].

قلت: وفي سماع عيسى - فيمن سأل امرأته في مرضه أن تضع عنه مهرها، أو تتصدق عليه بشيء من مالها فتفعل، ثم تريد الرجوع بعد موته أو بعد أن صحَّ من مرضه - هل ترى لها ذلك بمنْزلة الميراث؟ قال: لا.

ابن رشد: لا خلاف أن ذلك يلزمها إلا أن يثبِت[2] أنه أكرهها، على ما في سماع ابن القاسم؛ لأن إكراه الرجل امرأته إكراهٌ على ما قاله في المدونة.

وأما إذا سألها في مرضه أن تهب له ميراثها منه أو بعضه؛ فلا يلزمها، ولها الرجوع فيه[3] إذا مات، قضى فيه بشيء أو لم يقض، بخلاف الابن البائن عن أبيه يسأله أبوه في مرضه أن يهب له ميراثه، فهذا إن قضي فيه بشيء لزمه، ولا رجوع له، على ما في المدونة هنا[4].

---

(1) التفريع: 2/323، 324.

وزاد المشدالي بعده: قد تقدم في كتاب الشفعة، عند الكلام على إسقاط الشفعة قبل وجوبها إشارةُ المتيطي إلى إقامة القولين من المدونة، ونبَّه على ما في المكاتب. فانظره.

(2) في (ع): (تثبت).

(3) قوله: (فيه) ساقط من (ع).

(4) البيان والتحصيل: 13/464، 465.

وإن أقر الولد... بدين على أبيه، أو بوديعة عند أبيه، فإقراره بعد قيام الغرماء عليه، لا يقبل إلا ببينة، وإقراره قبل أن يقام عليه جائز، فإن كان المقر له حاضراً؛ حلف واستحق[1].

قوله: **(حلف واستحق)**.

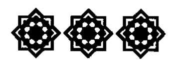
ابن رشد: لا خلاف أنه لا يقبل قول المفلس بعد التفليس فيما يقر به من دين في ذمته، وأما قبل أن يفلس ويقام عليه فيجوز ما أقر به لمن لا يتهم عليه من دين دون يمين، ومن قراض أو وديعة أو شيء بعينه، أو ما أشبه ذلك من دين على أبيه مع يمين المقر لهم.

قاله في وصاياها الثاني.

وقد كان بعض الشيوخ لا يفرِّق في اليمين بين الدَّين والشيء المعين، فيوجب اليمين في الوجهين.

ومنهم من يرى ذلك اختلافاً من القول في الوجهين.

والصواب الفرق بينهما، إلا أنه[2] إذا أقرَّ بشيء بعينه فقد خص به المقر له دون الغرماء، فوجب أن يحلف، وإذا أقرَّ بدين فلم يخصه دونهم؛ لأنه أسوة معهم، فلم يجب عليه يمين[3].



(1) التهذيب: 4/292.

(2) في البيان والتحصيل: (لأنه).

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 4/217.



كتاب الحبس



كتاب الحبس

ومن قال: هذه الدار حبس على فلان وعقبه، أو عليه وعلى ولده وولد ولده، أو قال: حبس على ولدي، ولم يجعل لها مرجعاً؛ فهي موقوفة لا تباع ولا توهب، وترجع بعد انقراضهم حبساً على أَوْلى الناس بالذي حبس يوم المرجع وإن كان حياً[1].

قوله: (ولم يجعل لها مخرجاً).

الباجي: نحوه عن محمد عن مالك.

ولو قال: داري عمرى لم يلزمه شيء حتى يعين المعمر.

والفرق: أن لفظ الحبس أكثر ما يستعمل على وجه القُرْبة، ولفظ العُمرى لا تستعمل في القُرْبة[2].

وإن قال في المعينين حبساً صدقة، أو قال: لا تباع، فانقرضوا، فلم يختلف قوله أنها لا تباع، وترجع إلى أولى الناس به يوم المرجع حبساً، ولا ترجع إليه وإن كان حياً[3].

قوله: (فلم يختلف قوله).

---

(1) التهذيب: 4/322.

(2) المنتقى، للباجي: 6/121.

(3) التهذيب: 4/325.

ابن رشد: بل قد[1] اختلف؛ قد روى ابن عبد الحكم عن مالك أنها ترجع إليه ملكاً مطلقاً بعد موت المحبَّس عليه.

وإن قال: **(حبساً صدقةً)** إذا كان على معين لاحتمال قوله: **(لا تباع ولا توهب)**؛ أي حياة المحبَّس عليه.

كما يحتمل قوله: **(صدقةً)** صدقةَ الغلة عليه في حياته[2].

قال مالك: ولا شيء لولد البنات؛ للإجماع أنهم لم يدخلوا في قول الله ﷻ: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ﴾ [سورة النساء آية: 11][3].

قوله: **(لا شيء لولد البنات).**

ابن الهندي: حجة مالك بيِّنة إذا قال المحبِّس: **(ولدي)** ولم يزد، وأما إذا زاد وقال: **(ولدي وولد ولدي)**، فولد البنات يدخلون.

وقضى به محمد بن السليم.

قلت: وفي سماع عيسى فيمن قال: ثلثي لولد عبد الله بن وهب، أيدخل ذكور ولد عبد الله؟

قال: "نعم"، ولا يدخل بنات عبد الله، قال: لأنه إنما أراد بذلك الذكور فقط.

ابن رشد: إنما قال في هذه الرواية: لا يدخل بنات عبد الله - وإن كان

---

(1) قوله: (قد) زيادة من (ع).

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 12/190 و191.

(3) التهذيب: 4/326.

الولد ينطلق عليهن في اللسان العربي - لأن الولد قد يكون خاصّاً في عرف عامة الناس بالذكر، فإذا سئل من له البنات يقول: لا ولد لي[1].

وقد قال ابن لبابة: هذه الرواية خلاف القرآن في قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ﴾ الآية. انظر تمامه[2].

ومن حبس في مرضه داراً على ولده وولد ولده، والثلث يحملها، ثم مات وترك أماً وزوجة؛ فإنها تقسم على عدد الولد وولد الولد، فما صار لولد الولد؛ نفذ لهم في الحبس، وما صار للأعيان؛ كان بينهم وبين الأم، والزوجة على الفرائض موقوفاً بأيديهم حتى ينقرض ولد الأعيان[3].

قوله: **(فإنها تقسم على عدد الولد...)** المسألة.

قلت: قال ابن لبابة: اختلف ابن أيمن وابن الأغبس في قسمة الحبس، فجوزه ابن أيمن، ومنعه الآخر مستدلاًّ بقوله في الهبة: **(لأن الحبس لا يقسم)**[4].

وقال ابن لبابة: معنى مسألة سماع عيسى وما في المدونة في مسألة ولد الأعيان إنما هو[5] قسمة انتفاع، لا قسمٌ يلزم من يأتي[1].

---

(1) قوله: (لا ولد لي) يقابله في (ع): (لأولادي).

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 13/291، 292.

(3) التهذيب: 4/326.

(4) جامع مسائل الأحكام: 5/368.

(5) في (ع): (هي).

المتيطي: اختلف الفقهاء في اقتسام الحبس قسمة اغتلال وانتفاع، فكرهه قوم وأجازه آخرون، وجرى العمل بقسمه لما في الإشاعة من التعطيل والتضييع.

الباجي في وثائقه: يريد قسمة الغلة والانتفاع لا قسمة الأصول، وبذلك أجابني ابن المُكْوي حين خاطبته في قسمة دار محبسة على قوم معينين[2].

ومن حبس داراً على رجل وعلى ولده وولد ولده، واشترط على الذي حبس عليه إصلاح ما رث منها من ماله، لم يجز، وهو كراء مجهول، ولكن يمضي ذلك[3].

قوله: **(واشترط على الذي حبس عليه إصلاح ما رثَّ من ماله).**

قال بعضهم: من هذه المسألة ونظيرها تعلُّق من منع من الشيوخ تحبيس الأرض الموظفة، وذكر ابن الهندي فيها قولين.

قلت: قال صاحب النهاية: إذا تصدق بأملاك له في قرية على بنيه جاز، ومما تعقد في ذلك، وتولى احتيازها من نفسه لهم إلى[4] أن يبلغوا، فإن كانت =

---

(1) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل: 1/583.

(2) المشدالي: قال في كتاب الحبس من جامع الأحكام: سئل ابن عرفة عن حائط محبس على رجلين فأراد أن يقتسماه للاغتلال هل يجوز ذلك؟ أم لا؟

فقال: لا يجوز قسم الحبس للاغتلال ولا لغيره.

المشدالي: انظر كتاب القسم منه فإنه ذكر الخلاف الذي أشار إليه المتيطي فوق هذا، وحكي عن ابن رشد الخلاف أيضا في الجبر على القسمة فانظره.

(3) التهذيب: 4/328.

(4) قوله: (إلى) ساقط من (ع).

الأملاك حرةً؟

قلت: وعلى الحرية من جميع الوظائف وضروب المغارم كلها، وإن لم تكن حرة سكتت[1]، فإذا بلغوا خُيِّروا بين قَبول الصدقة بوظائفها أو ردّها.

وكذلك إذا تصدّق على مساكين، أو مسجد بملك موظف؛ نظر القاضي في ذلك، فإن رأى قبوله بوظيفته نظراً للمساكين والمسجد قبله؛ أمضى الحبس والصدقة، وإن لم يره نظراً ردَّ ذلك على صاحبه.

وكذا الأب إذا تصدق على ولده الصغير بملك موظف؛ كالقاضي إن رأى الأب قبوله نظراً قبِله، وإلا رده.

ولو انعقدت الصدقة، واشترط فيها الوظيف على المتصدق عليه وهو ابنه - أما المالك لأمره فجائز أن يتبرأ إليه المتصدق من المغارم - وأما الصغير ففيها خلافٌ؛ منعه بعضهم للغرر؛ لأنه يصير كمن أعطى ملكاً على أن يرفع[2] بوظيفة مدة مجهولة.

ونزلت بقرطبة فقضى فيها بعض القضاة بفسخ الصدقة لهذا الشرط، وردها ميراثاً.

وقال الباجي في وثائقه: وأجاز ذلك بعضهم، ومن أجازه يذكر في العقد أنه ألزم ابنه الصغير مغرمها، وهو كذا وكذا كل عام.

---

(1) في (ع): (سكت).

(2) في (ع): (يدفع).

وإذا بنى بعض أهل الحبس فيه، أو أدخل خشبة، أو أصلح، ثم مات، ولم يذكر لما أدخل في ذلك ذِكْراً؛ فلا شيء لورثته فيه[1].

قوله: **(وإذا بنى بعض أهل الحبس...)** المسألة.

قلت: في سماع محمد[2] بن خالد: سألت ابن القاسم عمن حبس فرساً في سبيل الله، فحمل عليه رجلاً يغزو عليه، فغزا، فلما دخل الجيشُ أرضَ العدوِّ جعل الإمام لكل من عُقِر له فرسه أخلفه له، ثم إن ذلك الرجل المحمول على الفرس[3] عقر الفرس تحته، فأخلف له الإمام غيره.

فقال ابن القاسم: أراه حبساً على حال ما كان عليه الآخر.

وكذا لو كان الأول عارية **[66/أ]** للغزو يُعقر فأُخلف مكانه؛ أنه يكون للمعير.

ابن رشد: لا أذكر في هذا خلافاً[4].

قلت: والجامع بينهما[5] وبين مسألة المدونة هذه، أنه في كِلا المسألتين وضْعٌ للشيء في محل هو حبس أو عارية، فوجب أن يلزمه، أصله من التزم معروفاً لزمه.

---

(1) التهذيب: 332/4.

(2) في (ش): (يحيى).

(3) قوله: (الفرس) ساقط من (ش).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 307/12.

(5) في (ع): (بينها).

ومن حبس نخل حائط على المساكين في مرضه، والثلث يحمله، فلم يخرجه من يده حتى مات؛ فذلك نافذ، لأنها وصية[1].

قوله: (**فذلك نافذ؛ لأنها وصية**).

المتيطي: إذا انقرض المحبَّس عليه والمحبِّس حيٌّ رجع إليه، فإن مات والأصل في يده، ولم يفوته، ولا نسخ وصيته فيما جعل مرجعه إليه إلى أن مات، خرج الحبس من ثلثه؛ لأن كل شيء يشترط المحبِّس[2] رجوعه إليه، ويشترط فيه أن يرجع بعد وفاته إلى أمر[3] ما فإنه كالوصية سواء.

وإن جعله المحبس لأعقابهم وأعقاب أعقابهم، ثم إلى مرجع ما، وشرط بعد رجوعه إليه إن انقرضوا في حياته أن يكون حبساً بعد وفاته على وجه من الوجوه.

وإن انقرضوا في حياته ورجع إليه ثم توفي وهو باق بيده فالمسألة بحالها على ما تقدم أنه يخرج من ثلثه، وليس تعقبه ما يوجب أن يكون من رأس المال؛ لأنه قد شرط رجوعه إليه، وأوصى فيه بعد موته كما يوصي في ماله، ولو لم يشترط رجوعَها إليه لكان التعقيب يمنعه من رجوعه إليه.

قال ابن الهندي:وقد نزلَت هذه المسألة في أيام منذر بن سعيد، وحضرت، وقد شاور فيها يومئذ عبد الله بن إدريس، وأحمد بن عبد الله اللؤلئي، وإسحاق بن إبراهيم التجيبي، وكان الحبس معقباً غير أنه كان المحبس قد

---

(1) التهذيب: 4/333.

(2) قوله: (المحبس) زيادة من (ع).

(3) في (ع): (أمد).

شرط رجوعه إليه، وأن يكون بعد وفاته في وجه كذا.

فرجع إليه وكان في يده إلى أن مات، فشاورهم فيها القاضي منذر بن سعيد؛ لأنه كان قاضي الجماعة، فأفتاه ابن إدريس واللؤلئي بأنه من ثلثه، وقال إسحاق: من رأس ماله، واحتج بالتعقيب[1] والحوز عنه.

واحتجا عليه مع القاضي بما شرط من رجوعه إليه بعد انقراض المحبس عليه وأعقابهم في حياة المحبِّس، وبعهده فيها عند رجوعه إليها أن يكون بعد وفاته في وجه كذا.

وقالوا أيضاً: إنها قد رجعت إليه في يده إلى أن مات، فهي كماله، وهي وصية أوصى بها بعد موته،فهي من ثلثه.

واستمر إسحاق، وقال: إنها من رأس ماله.

فذكر اللؤلؤي يومئذ أنه يدل عليه ما في أول صلح حبس العتبية في سماع ابن القاسم، ثم أعاد منذر بن سعيد الشورى فيها ثانيةً، واحتفل في إحضار[2] من بقيَ من الفقهاء في ذلك الوقت، فأجمعوا على أنها من الثلث فنفذ القضاء به.

المتيطي: وبما أجمع عليه هؤلاء الشيوخ أفتى السيوري[3] والتونسي وغيرهم[4].

---

(1) في (ع): (بالتعقب).

(2) في (ع): (إحضاره).

(3) في (ع): (السويدي).

(4) المشدالي: ومسألة تحبيس الأمير عبد الرحمن ابن الحكم التي ذكرها ابن سهل في كتاب الحبس، ورجوع من كتبها من الفقهاء إلى قول عبد الملك بن حبيب فيها كله يدل علي

قلت: وكذا اختلافهم في قبض المولَّى عليه لنفسه ما حبس عليه، أو تصدق به عليه، أو وهب له، ثم مات المحبس أو الواهب.

قال ابن الهندي: ينبغي أن يكون قبضه حيازة، واستدل على ذلك بوجوه.

قال: ونزلتْ في أيام قضاء منذر بن سعيد وشاور فيها فأجمعوا[1] على أن ذلك قبض، وحيازة تامة، وخالفهم إسحاق بن إبراهيم التجيبي، وقال: قبض المولى عليه كلا قبض، ويرجع ميراثاً[2]، فنفذ القاضي يومئذ الحكم بما أجمع عليه الشيوخ.

المتيطي: وهو الصواب.

الباجي: لا يصح قبضه، خلافاً لِمُطَرِّف وابن المواز وسحنون[3].

ومن حبس ثمرة حائطه على رجل بعينه حياتَه، فكان يغتلها، ثم مات المعطي، وفيه ثمرة قد طابت؛ فهي لورثته، وإن لم تطب؛ فهي لرب الحائط[4].

قوله: **(ومن حبس ثمرة حائطه على رجل بعينه حياته).**

=

صحة ما أجمع عليه الشيوخ المشار إليهم فوق هذا، ولولا الإطالة لجلبتها هنا. والله الموفق.

(1) في (ش): (فاجتمعوا).

(2) انظر: التوضيح، لخليل: 7/290.

(3) المشدالي: ولا فرق في المولَّى عليه بين أن يكون بالغاً أو صغيراً، ففي الطرر قال ابن زرب: ومن تصدق على صغير من أب أو غيره ثم أسلم الصدقة إلى ذلك الصغير وحازها في صحة المتصدق لها فإنها حيازة تامة، وإن كان الحائز صغيراً وتنفذ الوصية إلا أنه يكره ذلك ابتداء أن يحوز الصغير، فإن وقع نفذ، انظره في ترجمة وثيقة تحبيس على مولى عليه.

(4) التهذيب: 4/334.

انظر: لو لم يذكر حياتَه، فهل لا يكون له إلا ثمرة سنة فقط؟ أو لا؟

ففي نوازل سحنون - في الرجل يقول ثمر حائطي حبس على فلان، ولا يقول حياته، ولا يجعل لذلك وقتاً - قال: إن كان فيها ثمر يوم قال هذه المقالة فله ثمرة[1] تلك السنة.

ابن رشد: فإن لم تكن فله ثمرة ذلك الحائط ما دام حيّاً. قاله ابن القاسم وسحنون[2].

ولا يجوز من فعل الصحيح إلا ما قُبِض وحيز قبل أن يموت أو يفلس[3].

قوله: **(لا يجوز من فعل الصحيح).**

أبو إبراهيم: ذكر في الكفالة أن ما أعطاه الصحيح، ولم[4] يُقبض عنه في الصحة حتى مرض أنه يبطل إلا الكفالة والعتق.

وانظر ما[5] في العتق الأول فيمن أعتق نصيباً فقيم عليه في المرض أنه يقوم عليه في الثلث، فهو خلاف لما هنا.

فيلزم في هذه المسائل أن يكون في الثلث.

---

(1) في (ع): (ثمرته).

(2) البيان والتحصيل: 12/306.

(3) التهذيب: 4/333.

(4) في (ع): (فلم).

(5) قوله: (ما) ساقط من (ع).

قاله اللخمي[1].

والجامع بينهما أنهما فعلان من صحيح لم ينفذ إلا بعد المرض، فأبطلها هنا، ولم يجعلها في الثلث.



(1) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 3789.

كتاب الصدقة



كتاب الصدقة

وكل صدقة أو حبس أو هبة أو عطية بتلها مريض لرجل بعينه أو للمساكين، فلم تخرج من يده حتى مات؛ فذلك نافذ في ثلثه كوصاياه[1].

قوله: (وكل صدقة أو هبة أو عطية بتلها مريض...) المسألة.

قلت: في سماع عيسى - في مريض وهب هبةً لمريض، ولا مال له غيرها، فقبضها وهو مريض، فوهبها للواهب ولا مال له أيضاً غيرها - قال: يجوز للموهوب الأول ثلاثة من تسعة، وللواهب الأول واحد من ثلاثة.

ابن رشد: جوابه في هذه المسألة على القول بأن هبة البتل في المرض وإن كانت من الثلث؛ فهي بخلاف الوصية، يدخل فيها ما علم الواهب به من ماله، وما لم يعلم، ولا تبطل بموت الموهوب له قبل الواهب؛ إذ لو بطلت على حكم الوصية في بطلانها بموت الموصى له لوجب إذا مات الأول قبل الثاني أن يبطل ما وهبه الثاني، وإذا مات الثاني قبل الأول أن يبطل ما وهبه الأول[2].

والمعنى في المسألة أن كلا منهما مات من مرضه[3].

---

(1) التهذيب: 4/338.

(2) قوله: (قبل الثاني أن يبطل ما وهبه الثاني... الأول) ساقط من (ع).

(3) البيان والتحصيل: 13/478، 479.

وزاد المشدالي بعده: وإنما قال في الرواية: إنَّ للموهوب له الأول ثلاثة من تسعة؛ لأن =

ومن تصدق على ابنه الصغير بجارية فتبعتها نفسه؛ فلا بأس إن قومها على نفسه، ويشهد ويستقضى للابن[1].

قوله: **(قومها على نفسه ويشهد).**

المتيطي: وتضمَّن[2] عقد الإشهاد معرفة الشهود لأصل الهبة، وإنما احتيج إليه ليكون ذلك أقوى للابن؛ لئلا يدَّعي الورثة يوماً ما[3] أنه ولَّج إليه بالثمن وجعل الهبة حيلة لذلك.

المقدمات: تفارق الهبة الصدقة في أمرين:

الهبة يصح استرجاعها ببيع أو غيره وتعتصر، والصدقة لا[4]، إلا في صدقته[5] على ولده ففيها عن مالك خلاف، قيل: لا يجوز إلا لضرورة، كما إذا تعلَّقت نفسُه بالأمَة التي تصدق بها على ولده، وهو ظاهر المدونة هنا[6].

= ذلك هو ثلث ماله الذي يجب تنفيذه، ثم هذه الثلاثة لما ملكها الموهوب له الأول ولم يكن عنده سواها، وقد وهب ماله أيضا للواهب الأول، فوجب أن لا يمضي من ذلك إلا الثلث، وهو الواحد من الثلاثة الذي أشار إليه في الرواية.

(1) التهذيب: 4/338.

(2) في (ع): (فتضمن).

(3) قوله: (ما) ساقط من (ع).

(4) قوله: (لا) ساقط من (ع)، و(ش)، والمثبت أقرب لما في المقدمات، والسياق يقتضيه.

(5) في (ع): (صدقاته).

(6) انظر: المقدمات الممهدات، لابن رشد: 2/95.

انظر تمامه[1].

قلت: وفي العتبية: العبد كالجارية، وهو في الجارية أعذر، ولو تصدَّق بها على أجنبي وتبعتها نفسه، [66/ب] ما بَعُد أن يجوز شراؤها بخلاف العبد[2].

وإن بعث رجل بهدية أو صلة لرجل غائب، ثم مات المعطِي أو المعطَى قبل وصولها، فإن كان أشهد؛ فهي للمعطى أو لورثته، وإن لم يشهد؛ فهي للذي أعطى أو لورثته[3].

قوله: **(فإن كان أشهد فهي للمعطى)**.

قال في تعليقة القابسي: قال البراذعي: معنى **(أشهَدَ)**؛ أي: قال: "اشهدوا أني جعلت هذا المال للمساكين"، وأخرجَه من يده إلى يد من يُفرّقه، أو قال: "اشهدوا أني جعلت هذه الهبة لزيدٍ وأَمرتُ هذا أن يوصلها إليه"، فهذا هو الذي ينفع فيه الإشهاد؛ لأنه يصير وهب وحوز.

وأما إن لم يكن إلا مجرد الإشهاد، فمات المبعوث إليه؛ فإنه لا يلزم بذلك الواهب.

---

(1) المشدالي: قال بإثر ما سبق: وقيل: يجوز الرجوع فيها بالبيع والهبة والاعتصار، وهو قول مالك في سماع عيسى من كتاب الصدقات؛ لأنه أجاز أن يأكل مما تصدق على ابنه الصغير، وذلك لا يكون إلا على معنى الاعتصار؛ لأن الصغير لا يصح منه إذن، وهو ظاهر ما في سماع ابن القاسم، ولم يفرِّق في الرواية بين صغير ولا كبير.

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 13/362.

(3) التهذيب: 4/339-340

قلت: وفي سماع ابن القاسم - فيمن أبضع مع رجل بضاعة إلى رجل، ولا يدري المبعوث معه لم بعث بها، فألفي الرجلَ المبعوث إليه قد مات، فقال خليفته: ادفعها إليّ - قال مالك: أرى أن يردَّها لباعثها.

ابن رشد: هذا بيِّنٌ؛ إذ لا يدري لعله إنما بعثها لتكون وديعة عند المبعوث إليه، أو يشتري له بها شيئاً، ولو علم أنه بعث به إليه صلةً أو هديةً، فإن أشهد على إنفاذها حين أرسلها؛ فهي لورثة المبعوث إليه.

هذا نص ما في صدقة المدونة.

ومعنى ذلك: إن كان الموصل إليه أو المُهْدَى له يوم الصلة حيّاً، ولو كان ميتاً لم يكن لورثته منها شيء. هذا معنى ما في المدونة عندي[1].

قلتُ: ونزلتْ عندي عام ثلاثة وثمانمائة مسألة من هذا المعنى، وهي رجل بعثَ بثوب من المهدية إلى أخيه بالحمة، فلما وصل المبعوث معه الثوب، وجد الأخ المبعوث إليه قد مات، ولا يدري المبعوث معه لأي شيء بعثه الباعث، فقام الأب - وقد كان ساكناً بالحمَّة -وأراد أخذ الثوب، وقال: هذا قد بُعِث لابني، وأنا وارثه، وترافع المبعوث معه إلى مجلس الأحكام عندي، فحكمتُ بينهما بأنه لا مقال للأب، وأمرتُ برد الثوب إلى صاحبه.

وأخذتها من مسألة العتبية هذه، ومن كلام ابن رشد.

وبالله التوفيق.

---

(1) البيان والتحصيل: 8/128، 129.



كتاب الهبة

كتاب الهبة

وإن وهبتَ رجلاً عشرة أقساط زيت من زيت جلجلانك هذا؛ جاز ذلك - كهبتك له ثمرة نخلك قابلاً - ويلزمك عصره[1].

قوله: **(ويلزمك عصره).**

ابن محرز: ينبغي أن يختلف في أجر القرض والهبة والإقالة والتولية على من يكون، على اختلافهم هنا في العصر.

من وهب من مال ابنه الصغير شيئاً، لم يجز، فإن تلفت الهبة ضمنها الأب. ومن تصدق على رجل أو وهبه شقصاً له في دار أو عبد؛ فذلك جائز، ويحل المعطى فيه محله، فيكون ذلك حوزا[2].

قوله: **(نصفاً له في دار أو عبد...)**. المسألة.

أبو إبراهيم وغيره: إذا كان يد الواهب مع يد الموهوب له، هل ذلك حوزٌ؟ أم لا؟ والقولان قائمان من آخر رهونها وأوَّلها.

قلت: الذي نسبه ابن رشد لابن القاسم الصحة، خلافاً لأصبغ.

قلت: قال ابن سهل عن ابن زرب: من وهب نصف دار ثم سكنها الواهب والموهوب على الشياع، لم ينفذ شيء من الهبة، إلا أن يقتسما سكناها

(1) التهذيب: 4/ 343.

(2) التهذيب: 4/ 343.

شطرين على المراضاة[1].

وإن وهبه مورثه من فلان، وهو لا يدري كم هو ربع أو سدس، أو وهبه نصيبه من دار أو جدار، ولا يدري كم ذلك؛ فهو جائز[2].

قوله: (وإن وهبه مورثه من فلان).

قلت: معنى المسألة أن فلاناً مات حين الهبة أو مرض، أما لو كان

---

(1) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل: 1/553.

وزاد المشدالي بعده: قال ابن سهل بإثر ما سبق ما نصه: وإن لم تكن قسمة صحيحة في الأصل فإن الهبة تنفذ في اقتسامهما بتراض إذا كان سكناهما إياها على اقتسام، انظره في باب الصدقات والهبات.

ونسب ابن سهل صحة حوز الموهوب له مع الواهب إلى مالك، نبه عليه في ترجمة رجل صَيَّر لامرأته في كالئها نصف دار سكناه، وقال ابن عرفة: في صحته قولا ابن القاسم في تفسير ابن مزين وأصبغ وقال ابن سهل في ترجمة شهادات في هبة نصف دار: وإن وهب جزءاً من داره لأجنبي أو لابنه الصغير في حجره واستبقى باقيها لنفسه وجاز لابنه ما وهب له وجاز الأجنبي ما وهب له في صحة الواهب، فالهبة جائزة في قول مالك وأكثر أصحابه، وهو في المدونة والواضحة والعتبية خلاف لأصبغ.

المشدالي: وهذا كنقل ابن رشد، وقال ابن عرفة أيضاً قبيل ترجمة العطية في شرط رفع يد المعطي وصحته بتصرفه مع المعطى كشريكه، ولا يضر استقلال معطيه به في أيام قسمه، قولان للّخمي عن سحنون، ومحمد مع عياض عن ابن مُزيْن قائلا: هو قول ابن القاسم وعيسى.

المشدالي: وهذا فيما باقيه للواهب، وأما ما باقيه لشريك الواهب فلا خلاف في صحته فيه، قاله ابن رشد في ثالثة سماع أبي زيد من الهبات.

(2) التهذيب: 4/344.

صحيحاً فلا يلزم الواهب ما وهبه.

قال ابن القاسم - فيمن تصدق بميراثه من أبيه إذا مات والأب باق - أيجوز هذا؟ قال: لا أرى أن يجوز هذا، ولا يقضى به عليه.

ابن رشد: قوله: "لا يجوز" معناه: لا يلزمه، وله أن يرجع عنه، ولا نص خلاف في ذلك.

ولو وهب ميراثه في مرض الموهوب الذي مات منه لزمه، ولم يكن له أن يرجع عنه إلا إذا ظنه يسيراً ثم ينكشف أنه كثير فيحلف على ذلك ولا يلزمه، ولا نص خلاف في ذلك. انظر تمامه[1].

قلت: قد أومأ في قوله: "لا نص خلاف"، إلى أنه لا يبعد أن يتخرج[2] فيه اللزوم وإن كثر.

وما أحسن قولها: **(إذ لو شاء لم يعجل)**[3]، وقوله في العتبية: "إذ لو شاء لاستثبت"[4]، وقول وصاياها في دخول المدبر في الصحة فيما علم[5]، وغيرما مسألة في هذا المعنى، وكيف وقد صرح به في موضع آخر عن ابن عبد الحكم[6].

---

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 13/421، 422.

(2) في (ش): (يتأخر).

(3) انظر: المدونة (زايد): 7/419، و(السعادة/صادر): 11/374، و(العلمية): 3/387.

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 7/315.

(5) انظر: المدونة (زايد): 10/174، و(السعادة/صادر): 15/37، و(العلمية): 4/349.

(6) المشدالي: الموضع الذي صرح فيه باللزوم عن ابن عبد الحكم هو أول سماع عيسى

ويقضى بين المسلم والذمي في هبة أحدهما للآخر بحكم المسلمين[1].

قوله: (**ويُقضى بين المسلم والذمي**).

قال شيخنا أبو عبد الله: هذه المسألة يؤخذ منها عندي الحكم بالمكروه؛ لأن قبول هبة الذمي مكروهٌ.

قلت: فيه نظر؛ لأنه لم يتصدَّ هنا للكلام على حكم قبولها ابتداءً، وإنما تكلم بعد الوقوع، وبعد الوقوع لا مكروه[2].

ولو أقر المعطي في صحته أن المعطى قد حاز وقبض، وشهدت عليه بإقراره بينة، ثم مات؛ لم يقض بذلك إن أنكر ورثته حتى تُعاين البينة الحوز[3].

قوله: (**حتى تُعاين البينة الحوز**).

من كتاب الهبات والصدقات، والموضع الآخر الذي سكت فيه عن ذكر ابن عبد الحكم هو رسم (العتق) من سماع عيسى من كتاب الشهادات.

(1) التهذيب: 4/346.

(2) المشدالي: قال ابن سهل - بعد أن ذكر كلاماً رسمه بعض المقوِّمين للنفقات -: كتبت هذا الفرض على نص ما أفتى به المفتي؛ ليقف متأمله على نقصانه وما زخرفه من هذيانه، وعلى جهله، وقصر علمه وعقله، كذكره الحجام والحمام وكبيلة خز، ومالك يكره دخول الحمام ولباس الخز والفضة، وأدخل في الصرف - بعد أن حده - الفرّان ومعلم القرآن، ولعل ذلك مما يستغرق المسمى للصرف، فيبقى المفروض له دون صرف، وغير ذلك مما هو لغو، وهو أدخل في الهذيان منه في التفسير والبيان، والله المستعان، وليس كل من يفتي يدري أيفتي أم يهذي، وما كل من أجرى يقال له مجري.

(3) التهذيب: 4/347.

قال ابن زَرْب - فيمن تصدق على ابنه الصغير بدنانير له عند رجل، وقال ذلك الرجل: أشهدكم أنها عندي وأنا حزتها للصغير، فمات الأب -: فذلك نافذ للولد إذا علم أن الدنانير كانت عند الرجل قبل الصدقة، أو عاين الشهود قبضها وقت الصدقة، وإلا بطلت، ولا ينفع[1] إقراره بقبضها، وترجع ميراثاً[2].

وإذا قلتَ في الأرض الغائبة: قد قبلت وقبضت؛ لم يكن ذلك حوزاً، وذلك كالإشهاد على الإقرار بالحوز، إلا أن يكون له في يديك أرضٌ، أو دار، أو رقيق بكراء، أو عارية، أو وديعة وذلك ببلد آخر، فوهبك ذلك، فإن قولك: قبلت، حوز، وإن لم تقل: قبلت، حتى مات الواهب؛ فذلك لورثته[3].

قوله: (**إلا أن يكون في يدك أرض...**). المسألة.

قلت: هذا ينقض قول شيخنا في مختصره راداً على ابن الحاجب بأن حفظ الرَّبْع ونحوه مما لا ينقل يبطل طرد حد ابن الحاجب[4].

ودعوى اللف والنشر في هذا المقام بعيدةٌ[5].

---

(1) في (ع): (ينفعه).

(2) انظر: الأحكام، لأبي المطرف المالقي، ص: 139، 140.

(3) التهذيب: 4/349.

(4) انظر: مختصر ابن عرفة: 365/أ.

(5) المشدالي: أشار إلى حد الوديعة، ويتبين لك مراده بنقل الحدّين معاً.

فأما حد ابن عرفة فقال: هي نقْلُ مطلقِ حفظِ ملكٍ ينقل، فيدخل إيداع الوثائق بذكر الحقوق، ويخرج حفظ الإيصاء والوكالة؛ لأنها لأزيد منه، وحفظ الرَّبْع. =

ومن وهب لرجل ديناً له على آخر لغير ثواب؛ جاز، ولا رجوع له فيه، وإن وهبه إياه لثواب؛ لم يجز أن يثيبه إلا يداً بيد[1].

قوله: (ومن وهب لرجل ديناً لغير ثواب...) المسألة.

في رسم (الشجرة) من سماع ابن القاسم فيمن أسكن رجلاً بيتاً له ولعقبه ما عاشوا، أترى له أن يرجع فيه؟ قال: لا.

ابن رشد: هذه مسألةٌ صحيحةٌ، لا خلاف في المذهب أن من حبَّس أو وهب أو تصدق ليس له أن يرجع عن ذلك، ويحكم عليه به، وإن لم يقبض منه إن كان لمعين اتفاقاً، ولغير معين باختلاف.

والقولان في المدونة.

=

وقول ابن الحاجب كابن شاس تابعيْن للغزالي: (استنابة في حفظ المال) كحروفه، ويبطل عكسَه ما دخل وطردَه ما خرج.

المشدالي: وأما وجه النقض على ابن عرفة بمسألة المدونة هذه فلأن ظاهر قوله: "ووديعة"، رجوعه إلى الأرض وما ذكر معها، فصح كون الربع عنده مما يصح إيداعه، فبطل اشتراط كون المودَع مما ينقل، فيكون إذا ذاك مراد (الدخول) في الحد كتعريف ابن الحاجب، لا مراد (الخروج) كما أشار إليه ابن عرفة.

وأما قول الوانوغي: ودعوى اللف والنشر هنا في هذا المقام بعيدةٌ، فهو استبعاد لدفع مقدر، وتقريره أن يقال: لا نسلم صحة النقض بلفظ المدونة.

قولكم: إن قوله: (أو وديعة) راجع للجميع ممنوعٌ، بل الكلام فيه لف ونشر، فقوله: (عارية)، راجعٌ إلى الأرض والدار، وقوله: (أو وديعة)، راجع إلى قوله: (أو رقيق).

المشدالي: هذا وإن كان ممكناً إلا أنه بعيد كما قال؛ لكونه على خلاف الظاهر، ولا دليل يصرف عنه، فوجب الوقوف عنده. والله أعلم.

(1) التهذيب: 4/352.

والإسكان في هذه المسألة لمعيَّن، فلا[1] خلاف فيه[2].

قلت: هذه المسألة مركبة من معيَّن وغيره؛ لأجل العقب، ولو أقام المسكين شاهداً واحداً على الإسكان إذا أنكره رب البيت، فهل يحلف مع شاهده ويستحق الإسكان هو وعقبه؟ أم لا؟

الظاهر عندي أنها تجري على ما لابن رشد والمازري والنوادر وغير واحد في هذا المعنى، وإليه أشار ابن الحاجب بقوله: "فلو كانت اليمين ممكنة من بعض، ممتنعة من بعض... "[3] إلى آخره[4].

وفي رسم (الجواب) من سماع عيسى - فيمن سأل امرأته في مرضه أن تضع عنه مهرها، أو تتصدق عليه بشيء من مالها فتفعل، ثم أرادت بعد موته أو بعد أن صحَّ أن ترجع.

قال: لا رجوع لها.

ابن رشد: اتفاقا إلا إذا أكرهها[5].

---

(1) في (ع): (بلا).

(2) البيان والتحصيل: 12/228- 229.

(3) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب، ص: 704.

(4) المشدالي: انظر ابن عرفة على كلام ابن الحاجب المشار إليه، وانظر أيضاً كلام ابن رشد في مختصر البيان.

(5) البيان والتحصيل: 13/464 و465.

وأما إن وهب لحاضر غير صغير ولا سفيه ولا عبد، وجعل من يحوز له، وأمره أن لا يدفعها إليه؛ لم تكن هذه حيازة إن لم يقبضها الموهوب حتى مات الواهب؛ لأن الموهوب له جائز الأمر وهو حاضر، فلم يسلمها إليه، فعلى أي وجه حازها هذا له، وإلى أي أجل يدفعها إليه؟ وهذا بخلاف الصغير؛ لأنه أراد في الصغير ارتقاب بلوغ رشده، أو لئلا يأكله الأب، ولا يرتقب في كبير حاضر شيئاً[1].

قوله: (أو لئلا يأكله الأب).

أخذوا منه أنَّ من زوج ابنته، فدفع له الزوج الجهاز، فخاف من الأب أن يأكله؛ أنه ينزع منه[2].

---

(1) التهذيب: 4/352-353.

(2) المشدالي: قال صاحب الطرر في ترجمة (إجهاز الوصي ليتيمته): سئل ابن رشد عمن وقع بينه وبين زوج ابنته نزاع بعد نحو العام من البناء بها، وقد كان أبرزها بشَوْرة أكثر من النقد، فيريد الأب أو الوصي أو الكافل المربي لها والعاقد لنكاحها تثقيف ما كان أبرزه، وإخراجه عن بيت بنائها إلا قدر نقدها، ولم يظهر من الزوج تغيير من حال الزوجة في شيء من ثيابها ولا هو ممن يتهم على ذلك، وكيف إن كان ممن يخاف من قِبَله أو ظهر عليه ما يوجب الاسترابة منه؟

فأجاب: للأب أن يثقف من شَوْرة ابنته التي إلى نظره ما تستغني عنه منها إذا خاف عليه عندها، وكذلك الوصي، وليس ذلك للولي غير الوصي، ولا للحاضن المربي، فإن دعي إلى ذلك علي وجه الحسبة نظر القاضي في ذلك بالاجتهاد.

وقد رأيت لابي عبد الله بن عتّاب في ذلك جواباً قال فيه: إن كان الأب مأموناً على الثياب، له ذمة، فهو أحق بضبطها بعد أن يسلم إلى ابنته منها بقدر نقدها، وزائد عليه ما تتجمل به مع زوجها - على التوسط في ذلك - ويشهد الأب بما يوقف لابنته =

ومن وهب لرجل هبة على أن لا يبيع ولا يهب؛ لم يجز، إلا أن يكون سفيهاً أو صغيراً، فيشترط ذلك عليه ما دام في ولاية؛ فيجوز[1].

قوله: (إلا أن يكون سفيهاً أو صغيراً).

في تعليقة القابسي عن أبي عمران: انظر ما معنى: (سفيهاً أو صغيراً)، وهما لا يجوز بيعهما و هبتهما بشرط؟ أم لا؟

أبو عمران: لعله إنما أراد: لا تباع[2] عليه [67/أ] إذا احتاج إلى النفقة؛ لأن لوليه بيع عروضه في النفقة فشرط هذا أن لا تباع ويباع غيرها إن وجد.

قال القابسي: الهبة جائزة، وهي كالحبس المعين، لو وهب هبة لسفيه أو يتيم وشرط أن تكون يده مطلقة عليها، وأنه لا نظر لوصيه فيها نفذ ذلك الشرط.

=

عنده، وإن كانت أحواله غير مرضية وضعها الحاكم بيد من يرتضيه بإشهاد.

ورأيت نحو هذا الجواب لابن جماهر الطليطلي - وهو جواب حسن في النظر - وقد شاهدتُ أقواماً وُضِعتْ عندهم ثياب بناتهم خيفة عليها - بزعمهم - فباعوها وأكلوا أثمانها، وتعذَّر الانتصاف منهم؛ لقلة ذات أيديهم.

وانظر جواب ابن عتاب في ابن سهل عند قوله: "فإن كانت الثياب التي أبرزها الوصي زائداً...".

المشدالي: وقال ابن عرفة بعد أن حكى ما تقدم من الطرر باختصار: وقد شاهدتُ شيخَنا ابن عبد السلام حَكَمَ بِمنْع أبٍ قبض إرث ابنه الصغير، فكلمته فيه! فقال لي: إنه فقير.

وكان الفقيه أبو إسحاق بن عبد الرفيع يحكم بهذا، وما تقدم حجة لهما.

(1) التهذيب: 4/353.

(2) قوله: (لا تباع) يقابله في (ع): (الابتياع).

ولا يكون واهب حائزاً للموهوب إلا والد، أو وصي، أو من يجوز أمره عليه[1].

قوله: **(ولا يكون واهبٌ حائزاً إلاَّ والدٌ أو وصيٌّ...)** المسألة.

ابن رشد: في المدونة ما يدل ظاهره أن السيد يحوز لأم ولده وعبده الكبير ما وهبه هو لهما، أو تصدق به عليهما، كما يحوز لابنه الصغير ما وهب[2] له، وهو قوله: **(أو من يجوز أمره عليه)**؛ إذ لا أحد أجوز أمراً على أحد من السيد علي عبده وأم ولده؛ إذ له أن يحجر عليهما، وأن ينتزع مالهما، فتحجيره عليهما أقوى من تحجير الأب على ابنه الصغير، والوصي في يتيمه، فوجب أن تكون حيازته لهما أجوز من حيازته[3] لما وهبه لابنه ويتيمه، فهذا وجه ما يدل عليه ظاهر المدونة[4].

ولا يعتصر الأبوان ما تصدقا به على ولدهما، صغيراً كان أو كبيراً، وأما الهبة، والعطية، والعُمر، والنحل؛ فلهما الاعتصار في ذلك[5].

[قوله]: **(ولا يعتصر الأبوان ما تصدقا به)**.

قلت: ظاهره ولو شرط الاعتصار.

المتيطي: إذا شرط الأب في صدقته الاعتصار، ففي وثائق ابن الهندي أن

---

(1) التهذيب: 4/355.

(2) في (ع): (وهبه).

(3) قوله: (لهما أجوز من حيازته) ساقط من (ع).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 14/8، 9.

(5) التهذيب: 4/356.

ذلك له، وحكاه أيضاً الباجي في وثائقه.

قال: وقال غيره: شرطه لا يجوز.

ابن الهندي: فإن قيل: كيف يجوز له أن يشترط في الصدقة الاعتصار والصدقة لا تعتصر؟

قيل له: سنَّة الحبس لا يباع، وإذا شرطه[1] المحبس في نفس الحبس كان له شرطه.

ابن رشد: والاعتصار لا يكون في الصدقات إلا بشرط[2].

وليس لغير الأبوين أن يعتصر هبة، لا جد، ولا جدة، ولا غيرهما، إلا الأبوان من الولد[3].

قوله: **(لا جد ولا جدة...)** المسألة.

قلت: ظاهر المدونة: لا اعتصار للأجداد ولو شرطاه.

ونص عليه أبو مروان.

انظر: ابن سهل.

قلت: في تعليقة القابسي قال البراذعي: احتج في المدونة على جواز اعتصار الأم بقوله ﷺ: **«أنت ومالك لأبيك»**[4]، فدرأ الحد عن الأم في

---

(1) في (ع): (اشترطه).

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 13/475.

(3) التهذيب: 4/357.

(4) صحيح، أخرجه أبو داود، 2/311، في باب الرجل يأكل من مال ولده، من كتاب الإجارة، برقم: 3530، وابن ماجه: 2/769، في باب ما للرجل من مال ولده، من

السرقة[1] بهذا الحديث، فلهذا جعل لها الاعتصار.

ويلزمه على هذا صحة اعتصار الجد؛ لأنه يدرأ عنه الحد في السرقة كالأب. وقد قال: إن كل من لا يُقطَع يعتصر.

وما وهبت لقرابتك أو ذوي رحمك، وعلم أنك أردت ثواباً، فذلك لك، إن أثابوك، وإلا رجعت فيها[2].

قوله: **(إن أثابوك وإلا رجعت في هبتك)**.

قلتُ: وعلى هبة الثواب خرَّج ابن المناصف ما تمالأ عليه الموثقون في زماننا، في كونهم لا يُعَيِّنون أجرة معلومة يقع عليها الاتفاق؛ حياءً ومروءةً أن ينزلوا أنفسهم منزلة أهل الصنائع. انظره[3].



=

كتاب التجارات، برقم: 2292، من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

وأخرجه ابن ماجه: 2/769، في باب ما للرجل من مال ولده، من كتاب التجارات، برقم: 2291، من حديث جابر بن عبد الله. قال البوصيري: هذا إسناد صحيح رجاله ثقات على شرط البخاري. انظر: مصباح الزجاجة: 3/37.

وأخرجه ابن حبان: 2/142، في باب حق الوالدين، من كتاب البر والإحسان، برقم: 410، من حديث عائشة. قال ابن الملقن: وهو أصح طرقه الثمانية. انظر: تحفة المحتاج: 2/377.

(1) قوله: (في السرقة) يقابله في (ع): (بالسرقة).

(2) التهذيب: 4/358.

(3) المشدالي: انظر ابن عرفة فإنه أتى بكلام ابن المناصف كاملاً، وزاد عليه.

كتاب الهبات



كتاب الهبات

وإن كان دينك دنانير، فعجله لك رجل على أن أحلته عليه؛ لم يجز، كان النفع ههنا له أو لك دونه؛ لأنه بيع الذهب بالذهب إلى أجل. قال سحنون: وقد قال ابن القاسم: لا بأس بهذا إذا كانت المنفعة لقابض الدنانير، وهو أسهل إن شاء الله[1].

قوله: (وهو أسهل إن شاء الله).

في سماع ابن القاسم - فيمن له على رجلٍ عشرة دنانير من بيعٍ أو سلفٍ إلى أجل، فيحل الأجل، فيلزمه صاحبها بحقه فيعسر به، فيعرض له رجل آخر على الذي له الحق أن يُنظِرَه على أن يسلِّفه عشرة دنانير - قال مالك: "إن كان الذي يعطي يكون له على الذي له الحق؛ فلا خير فيه، وإن كان قضاء على الذي عليه الحق سلفاً منه له؛ فلا بأس به".

ابن رشد: هذا بيِّنٌ - على ما قال - أنه لا يجوز إذا لم يكن ذلك قضاءً عن الذي عليه الحق؛ لأنه سلفٌ جرّ نفعاً[2].

ولـلأب أن يهب من مال ابنه الصغير للثواب، ويعوض عنه واهبه للثواب[3].

---

(1) التهذيب: 4/364.

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 7/107، 108.

(3) التهذيب: 4/365.

قوله: **(وللأب أن يهب من مال ابنه...)** المسألة.

قلت: قال شيخنا أبو عبد الله: ظاهر المدونة عندي أنه لا يهب جميع مالِ ولده إلا إذا ظهر له في ذلك مصلحة كرجاء أكثر منه.

قلت: قال المتيطي: لا يجوز للأب أن يهب مال ولده إلا على وجه المكافأة، فظاهر هذه العبارة جواز هبة الكلِّ.

قلت: مفهوم قوله في المدونة: **(وللأب)**؛ أن الوصي: لا.

وصرح به عبد الحق، وتبعه عليه الصقلي والمتيطي في أبواب التصييرات والهبات، وصاحب الطرر، وشيخنا في مختصره في باب الحجر، وغير واحد، وكأنه خلاف لقوله في المدونة في كتاب الشفعة: **(وهبة الوصي لشِقص اليتيم كبيع رَبْعه...)**. المسألة[1].

فإن قلت: هذا المفهوم من باب مفهوم اللقب؛ وهو باطل.

قلت: لا؛ بل مفهوم الصفة[2]..

ومن لزمه دين لرجل، أو ضمان عارية يغاب عليها، فحلف بالطلاق ثلاثاً ليؤدين ذلك، وحلف الطالب بالطلاق ثلاثاً أن قبله، فأما الدين فيجبر الطالب على قبضه ويحنث، ولا يجبر في أخذ قيمة العارية[3].

---

(1) التهذيب: 4/160.

(2) المشدالي: أو مفهوم الشرط، وكلاهما معتبر إلا أن يقال: يجب إلغاؤه هنا؛ لمعارضته المنطوق المشار إليه، وإلغاؤه لأجل فقدان شرطه لا يدل على إلغائه مطلقاً. والله أعلم.

(3) التهذيب: 4/366.

قوله: **(ومن لزمه دين لرجل...)** المسألة.

قلت: في سماع يحيى من الأيمان بالطلاق - في الرجل يأمر غريماً له أن يدفع ما له عليه إلى وكيل له، ثم سأله بعد أيام، فقال: قد دفعتُ إلى وكيلك ما أمرتني، فقال: قد كتب إلي وكيلي أنه لم يقبض منك شيئاً، فقال الغريم: امرأتي طالق البتة إن كنتُ لم أدفع إليه حقك، وقال الطالب: امرأتي[1] طالق إن كنت دفعت إليه شيئاً - قال: أما[2] المطلوب فينوَّى في يمينه، ولا يبرأ من الحق إلا ببينة على الدفع، وأما الطالب فحانث من عاجل أمره؛ لأنه حلف على غيب لا علم له به، ولا يجوز للإمام أن يُقرَّ امرأته عنده وقد تبيّن أنه قد حلف على غير علم[3].

قلت: وسئل القابسي عن الذي يهب للثواب فيثيبه الموهوب بأكثر من قيمتها، فيقول الواهب: لا أقبل إلا القيمة، ولا أرضى أن يكون لك عليَّ فضلٌ، ويقول الموهوب: أنا لا أثيبك إلا أكثر، ولهذا وهبت لي؟

فقال القابسي: يجبر الواهب على أخذ الفضل.

قيل له: فلو حلف كلٌّ منهما بالطلاق؟

قال: يحنث الواهب؛ لأن هبات[4] الناس على ذلك.

قلت: سئل ابن عبد السلام عن رجل له ابنة ذات منصب، عقد عليها النكاحَ من ذي منصب، فلما كان ليلة الزفاف حمل الأب ابنته في قبة، على جري

(1) في (ش)، و(ع): (امرأته)، والمثبت موافق لما في البيان والتحصيل.

(2) قوله: (أما) ساقط من (ع).

(3) البيان والتحصيل: 6/261.

(4) في (ع): (هبة).

العادة عندهم في ذلك، وامتنع الزوج من الإتيان لأخذ العنان، فحلف الأب بالطلاق أنه لا يُسيِّر ابنته إليه حتى يأتيَ فيأخذ العنان، فبلغ ذلك الزوج، فحلف أيضاً بالطلاق أنه لا يأخذه إلا إذا أوجبه الشرع والعرف المستقر أخْذ الأزواج بعنان مركوب الزوجات، فماذا يقع به[1] العمل بينهما؟

الجواب: إن كان صحب الابنة شيء من المزامر والملاهي التي لا تحل؛ لم يجز للزوج الخروج، ويحنث الأب.

وإن لم يكن شيء من ذلك فإن لم تكن العادة[2] مطردة عندهم في جميع الناس ذوي المناصب وغيرهم؛ فكذلك يحنث الأب.

وإن اطردت، وكان تركُ[3] ذلك عاراً على المرأة، فأستحسن أن يقضى على الزوج بالخروج.

ولا يبعد أن يوجد في فروع المسائل ما يُستقرأ منه الخلاف في ذلك.

وفي طرر ابن عات عن بعضهم: المنع من الخروج لأخذ العنان إن كان هناك لهوٌ أو مزامير. اهـ. [67/ب]

قلتُ: استحسان الشيخ أصله ما ذكره اللخمي في حق الزوجة في باب الوليمة.

وقول بعض الناس بتركه الجمعة لحقها.

ومما يستقرأ منه الخلاف ما ذكره المازري من اختلاف الشيوخ فيمن

---

(1) قوله: (به) زيادة من (ع).

(2) في (ع): (عادة).

(3) قوله: (ترك) ساقط من (ع).

حلف بالطلاق ليدخلن الليلة بزوجته ولم تتجهز[1] بشيء.

قيل: يحنث؛ لأنه يلحقها وَصْمٌ بذلك.

وقيل: لا، وهذا الذي صرح به صاحب الطرر في آخر ترجمة صداق عقده الأبوان لصغيرَين.

قلت: والذي أستحسنُ أنا في هذه النازلة أنه لا يقضى على الزوج بأخذ العنان؛ لأن إيجاب الشرع ذلك عليه عزيز.

وفي سماع عيسى: قيل لمالك فيمن حلف ليقضين رجلاً حقه فيأبى أن يقبله، أتراه في سعة من ذلك؟

قال: هذا يأتي السلطان.

قيل له: أفيجبره السلطان على أخذه؟

قال: نعم.

ابن رشد: لا يخلو أمر الحالف من ثلاثة أوجه:

إن أراد بـ **(ليقضينه)**: ليبرئن ذمته؛ فهذا لا يبر فيه إلا أن يقضيه حقه.

وإن أراد أنه لا يحبس عنه حقه و يمطله به؛ فهذا يبر فيه بأن يأتيه بحقه؛ قبِله أو لم يقبَله، فإن كان يمينه بطلاقٍ أو عتقٍ أو ما أشبهه مما يقضي به عليه القاضي، فأتاه بحقه فأبى أن يقبله أشهد عليه بذلك، ولم يلزمه شيء، وإن لم يكن ليمينه بساط يحمل عليه ولا نية ولا إرادة تخرج فيه قولان[2].

قلت : وفي سماع عيسى - فيمن اشترى عبداً بعشرة وله على البائع دينار،

(1) في (ش): (يتجهز).

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 9/414، 415.

فدفع له تسعة وقال: لي عليك دينار فالجميع عشرة، فقال البائع: عليَّ المشي، لا[1] قاصصتك به، وقال المشتري: هو حر إن لم أقاصصك به - فإنه يحنث البائع على المشهور من وجوب الحكم بالمقاصة[2].

ولو وهبه عبدَين، فأثابه من أحدهما، ورد عليه الآخر؛ فللواهب أن يأخذ العبدين، إلا أن يثيبه منهما جميعاً؛ لأنها صفقة واحدة[3].

قوله: **(ولو وهبه عبدَين...)** المسألة.

في نوازل أصبغ - فيمن وهب عبدين لرجل للثواب، فأراد الموهوب له أن يأخذ أحدهما بقيمته ويرد الآخر، وأبى ذلك الواهب - قال: ذلك للموهوب له.

ابن رشد: هذا خلاف نصها: **(القول قول الواهب)**[4].

قلت: وقول ابن القاسم في هذا النمط: **(إذا أثابه أحد العبدين المساوي**

---

(1) في البيان والتحصيل: (إن).

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 3/197، 198.

وزاد المشدالي بعده: وفي رسم (العتق الثاني) من سماع أشهب من العتق، وعن ذات زوج قالت: «كل مملوك لي حر إن خرجت من هذا المنزل»، فقال زوجها: «كل مملوك لي حر إن لم تخرجي» ورقيقها نصف مالها.

قال: تبيع رقيقها في السوق، ولا ترجع إليهم، ولا تبيعهم من أهلها.

ابن رشد: هذا كما قال؛ لأن له أن يخرجها ويحنثها؛ إذ من حقه أن يسكن بها حيث شاء، فإذا أخرجها بعد أن باعت رقيقها، لم يلزمها شيء. اهـ. انظر تمامه.

(3) التهذيب: 4/368-369.

(4) البيان والتحصيل: 14/119.

لقيمتها ألا يجبر الواهب) مشكِلٌ؛ لأن قاعدة المذهب أن الموهوب إذا أثابه القيمة فأكثر جُبِر الواهب.

قال شيخنا: الجواب أن الغالب من الثواب رجوع[1] غير الخارج من يده؛ لأن الأغراض تختلف في ذلك[2].

---

(1) في (ع): (وجوب).

(2) المشدالي: أشار إلى قول ابن القاسم في أول رسم العتق من سماع عيسى من الهبات: فيمن وهب لرجل عبدين أو ثوبين فأقاما عنده أياماً فزادت سوقهما، فأثابه الموهوب أحد العبدين أو أحد الثوبين، قال: ليس له أن يعطيه أحد عبديه أو أحد ثوبيه ثواباً وإن ارتفعت قيمة أحدهما حتى يكون مثل قيمتهما يوم الهبة إلا إن رضي الواهب.
ابن رشد: هذا كما قال؛ لأنه لو أراد أن يرد أحدهما ويثيبه عن الآخر ـ كان الأدنى أو الأرفع - لم يكن له ذلك على مذهبه في الكتاب، وهو الصحيح في القياس والنظر، خلاف قول أصبغ في نوازله؛ لأنه قادر على أخذهما معاً أو ردهما معاً فليس له أن يبعض ذلك، كما لو بيعا على الخيار، وكسلع استُحقت من يد المشتري وأراد المستحق أخذ البعض دون البعض، بخلاف استحقاق أحد الثوبين، أو أحد العبدين أن الباقي لازم للمشتري؛ إذ لا قدرة للمستحق إلا على ما استحق خاصة، فإذا لم يكن له أن يثيب من أحدهما ويرد الآخر فأحرى أن لا يكون له أن يرد أحدهما ولا يثيبه من الآخر.
المشدالي: أما على مذهب ابن القاسم في المدونة فالأحروية واضحة، وأما على قول أصبغ في نوازله فيحتمل أن يجري في هذه على أصله هناك، ويحتمل أن يوافق ابن القاسم في هذه، ويفرق بأن الزيادة هناك حسية منفصلة بخلافها هنا، فكانت تلك أقوى في الاعتبار فلا يلزم من إعمالها إعمال هذه التي هي أضعف. والله أعلم بالصواب.

وكذلك قول مالك في الذي حبس على ولد له صغار حبساً، ومات وعليه دين لا يدري أقبل الحبس أو بعده؟ فقال البنون: قد حُزناه بحوز الأب علينا، فإن أقاموا البينة أن الحبس كان قبل الدين، فالحبس لهم، وإلا بيع للغرماء، فكذلك الهبة لغير ثواب[1].

قوله: **(كقول مالك فيمن حبس...)** إلى آخره.

القياس جليٌّ؛ لأنه إذا بطل الحبس ممن صح حوزه الذي هو الأب، فأحرى الواهب الذي لا يصح منه.

ابن رشد والباجي وغير واحد: اختلف في الرهن إذا وجد بيد المرتهن بعد قيام الغرماء، فادعى المرتهن أنه حازه قبل، وكذَّبه الغرماء على قولين:

ابن رشد: هما قائمان من كتاب الهبة والصدقة من المدونة[2].

قلت: وفي سماع أبي زيد - فيمن تصدق على أجنبي بدينار، ثم ادّان وحاز المتصدق عليه صدقته، فلم يدر هل الدين قبل الصدقة أو بعدها - قال: الصدقة أولى[3] حتى يعلم أن الدَّين قبل.

قال: ولو أن رجلاً تصدق على ولد له صغير، فحاز له ثم ادّان ديناً ولا يدرى أيهما أول. قال: الدين أولى، إلا أن يعلم أن الصدقة كانت قبل[4].

---

(1) التهذيب: 4/369.

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 10/176، 177.

(3) في (ش): (أوَّلاً).

(4) البيان والتحصيل: 14/126.

=

قلت: وفي سماع أصبغ - فيمن مات وشهد عليه أنه حلف بعتق رقيقه وحنث، فادعت امرأته أنها أخذتهم في حقها، وأقامت على ذلك بينةً، ولا يدري الشهود متى أعطاها، ولا يدري الذين شهدوا بالحنث متى كان ذلك - فقال: إن حازتهم المرأة كانت أحق حتى تقوم بينة أنهم عتقوا قبل أخذها لهم، وإن لم تحزهم؛ فالعتق أولى إلا أن تقيم بينة أنها أخذتهم قبل العتق(1).

وإن قال: كل مال أملكه صدقة على المساكين؛ لم أجبره على صدقة ثلث ماله، وآمره بإخراج ثلثه من عين وعرض ودين، ولا شيء عليه في أم ولده ومدبريه، وأما المكاتبون فيخرج ثلث قيمة كتابتهم، فإن رقوا يوماً؛ نظر إلى قيمة رقابهم، فإن كان ذلك أكثر من قيمة كتابتهم،

=

وزاد المشدالي بعده: ابن رشد في أول رسم (الجواب) من سماع عيسى: أما الأولى فلا خلاف فيها، وأن الصدقة لا تزال من يد حائزها بدين لم يتحقق أنه قبلها.

وأما الثانية فقال ابن القاسم فيها: إن الدَّيْن أولى حتى يعلم أن الصدقة قبل.

وقال أصبغ والأَخَوَان: الصدقة أولى حتى يعلم أن الدين كان قبل.

ووجهه أن الأب لما أشهد أنه قد تصدق على ابنه بهذه الصدقة وحازها له، وجب قبول قوله، وإعمال حيازته، ولا ترد صدقته إلا بيقين أنَّ الدين الذي ظهر كان قبلها.

وقول ابن القاسم أظهر؛ لأن حيازة الأب للصغير لا تعلم إلا من قوله، فإذا قال: قد حزتُ لابني قُبِلَ قوله مع السلامة من الدين، فإذا لم يتحقق أنه كان يوم أشهد أنه حازها لابنه سالماً من الدين الذي ظهر عليه بعد ذلك؛ وجب أن لا يقبل قوله، وأن يقضى للغرماء بهذا المال الذي علم ملكه له، حتى يعلم خروجه من ملكه قبل ديونهم، فلا تبطل ديونهم إلا بيقين.

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 120/15.

يوم أخرج ذلك؛ فليخرج ثلث الفضل، قال: وإن لم يخرج ثلث ماله حتى ضاع ماله كله؛ فلا شيء عليه، فرّط أو لم يفرط[1].

قوله: (فرَّط أو لم يفرِّط).

ابن رشد: الذي يوجبه النظر أن يخرج ثلث ما تلف؛ قياساً على رب المال يفرِّط في إخراج الزكاة حتى يضيع المال[2].

ومن أوصى لرجل بدار وثلثه يحملها، فقال الورثة: نعطيك ثلث جميع ماله، ولا نعطيك الدار؛ فليس ذلك لهم[3].

قوله: (ومن أوصى لرجلٍ بدار...) المسألة.

سئل ابن عتَّاب عمن أوصى ببيع داره ودفع ثمنها لزيدٍ، فلما مات وأراد الوصي بيعها ودفع ثمنها لزيد قام زيد الذي أوصي له فقال: أنا آخذ الدار؛ لأنه قد أوصى لي بثمنها. فقال: الصواب تنفيذ ما عهد به الموصي، ولو أعطيت له الدار لكان تغييراً للوصية.

وقال مثله ابن القطَّان، فقيل له: أجاب فيها بعضهم بغير هذا!

فقال: الرواية كما قلت لك، وأشار بذلك إلى قول أصبغ في مسائله فيمن قال: بيعوا عبدي وأعطوا ثمنه فلاناً[4].

---

(1) التهذيب: 4/369-370.

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 3/221.

(3) التهذيب: 4/371، 372

(4) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل: 1/128.

وزاد المشدالي بعده: هذه المسألة وقعت لأصبغ في نوازله من كتاب المكاتب، فلنأت بها علي

وجهها كما فعل ابن سهل؛ لتتم الفائدة بذلك. قال: وسئل عن الرجل يوصي فيقول: بيعوا عبدي فلاناً واعطوا ثمنه لابنه فلان، فقبِل ذلك الابن، أترى أن يعتق عليه؟

قال: لا، والوصية جائزة، ويباع ويدفع له ثمنه.

قلت: فإن أوصى بكتابة الأب لابنه فقبل ذلك، قال: يعتق عليه، قيل له: فما الفرق بين الكتابة والثمن؟

قال: لأنه إذا أوصى للابن بكتابة أبيه فقد نزله منزلة مَنْ كاتبه، إن أدى عتق، وإن عجز رق لمن يعتق عليه إن ملكه، فملك الكتابة كملك الرقبة.

وأما إن قال: أعطوا الابن ثمن أبيه فإنه يصير له الثمن بعد بيعه، ليس بيعه في يد ابنه ولا رقبته وإنما له ثمنه إذا بيع.

ابن رشد: تفرقة أصبغ بينة صحيحة وبالله التوفيق.

المشدالي: زاد ابن سهل وقال ابن المواز: فيمن أوصى في أمة له أن يعطى ثمنها لابن لها حر فليس ذلك بملك ولا عتق، وهي وصية بمال، وهي مثل ما تقدم.

المشدالي: فإذا وجب تنفيذ الوصية على وجهها مع تعيين الموصى له وطلبه أن يأخذ ما أوصى ببيعه ليأخذ ثمنه فأحرى إذا أبهم ذلك، وقال: بيعوا عبدي أو ثوبي وتصدقوا بثمنه فإنه ليس لي، وقد كنت اغتصبته ونحو ذلك، وهو نص قول ابن القاسم في آخر سماع أبي زيد من كتاب الوصايا الرابع. وأما لو قال: بيعوا داري أو عبدي ولم يزد، فذكر ابن رشد في صدر الوصايا من المقدمات أن هذا مما اختلف في وجوب تنفيذ الوصية به على قولين.

وقال الشيخ أبو الحسن اللخمي: إذا قال: بيعوا عبدي ولم يزد، فقال أشهب: لا تنفذ وصيته، وحمل قوله إنه لغير فائدة وأن تنفذ أحسن، ولا يوصي الميت بذلك إلا لفائدة وهو أعلم بتلك الفائدة، وقد يريد صرف الأذى عن العبد؛ لأن كثيراً ما يجري بين العبد وأولاد سيده لما يريدون منه من مال سيده، أو يكون عبد سوء يخشى على ولده منه.

قال الشيخ أبو محمد صالح: وكذلك إذا قال: اشتروا عبداً، وذكر اللخمي إذا قال: اشتروا عبداً ولم يزد لم تنفذ وصيته؛ لأن ذلك لا فائدة فيه؛ لما عسى أن يتعلق به حق

=

لله وحق لآدمي.

المشدالي: وكلام ابن رشد نصٌّ في أن الخلاف في البيع والشراء، فإنه قال: وأما ما يختلف في وجوب تنفيذه فنوعان:

أحدهما: كالوصية بالحج. والثاني: أن يوصي بما لا قربة في فعله ولا في تركه من الأمور الجائزة، كالوصية ببيع ملك من أملاكه أو بيع عبد من عبيده وهو لا يرغب في ذلك، أو شراء عبد آخر من الثلث للورثة وما أشبه ذلك.

المشدالي: وأشار ابن رشد بقوله: وهو لا يرغب، إلى أنه لو رغب في ذلك لكانت قربة فيجب تنفيذها بلا خلاف

كتاب الوديعة

كتاب الوديعة

ومن أودعته مالاً، فدفعه إلى زوجته أو خادمه؛ لترفعه له في بيته، ومن شأنه أن ترفع له؛ لم يضمن ما هلك من ذلك، وهذا ما لا بد منه[1].

قوله: (**فدفعه لزوجته**).

انظر العكس.

قال عياض: كان أبو جعفر يفتي بعدم ضمانها إذا ضاعت عنده، كما لا يُضَمِّنَها ما ضاع عندها مما أودعه، وقال غيره: تضمن ولا يضمن هو[2]، وهو ظاهر المدونة[3].

وإن أراد سفراً، أو خاف عورة منزل، ولم يكن صاحبها حاضراً، فيردها عليه؛ فليودعها ثقةً ولا يُعرِّضها للتلف، ثم لا يضمن[4].

قوله: (**أو خاف عورة منزل**).

في سماع سحنون - فيمن أبضع مع رجل مالاً، فخرج عليه اللصوص،

---

(1) التهذيب: 4/ 293.

(2) قوله: (هو) ساقط من (ع).

(3) المشدالي: ما حكاه عن عياض ذكره في المدارك وأبو جعفر المشار إليه هو: أحمد بن داود الصوَّاف من علماء إفريقيَّة، فانظره.

(4) التهذيب: 4/ 293-294.

فلما أرهقوه ألقى البضاعة في شجرة ليحرزها[1] على صاحبها فذهبت -: قال: لا ضمان عليه.

قيل له: فلو دفعها[2] المستودع لفارس ينجو بها حين رأى اللصوصَ، هل يضمن؟

قال: إذا كان هكذا لا ضمان عليه.

ابن رشد: هذا بيِّن؛ لأن خروج اللصوص في السفر، كخراب منزل له في الحضر[3].

ومن أودعته دراهم أو حنطة، أو ما يكال أو يوزن، فاستهلك بعضها، ثم هلك بقيتها؛ لم يضمن إلا ما استهلك أوَّلاً، ولو كان قد ردّ ما استهلك؛ لم يضمن شيئاً، وهو مصدق أنه رد فيها ما أخذ، كما يصدق في ردها إليك وفي تلفها[4].

قوله: (**وهو مصدَّق أنه رد فيها[5] ما أخذ**).

الباجي: ظاهره بلا يمين.

وفي الموازية وأشهب: بيمين.

الباجي: وهذا إذا تسلفها بغير إذن ربها، وأما بإذنه فلا يبرأ إلا بردها

---

(1) في (ع): (يحوزها).

(2) قوله: (دفعها) ساقط من (ع).

(3) البيان والتحصيل: 8/222.

(4) التهذيب: 4/295.

(5) قوله: (رد فيها) يقابله في (ع): (دفع).

لربها. قاله ابن شعبان.

وعندي أنه يبرأ بردِّها على حسب ما كانت عليه[1].

ومن أودعته وديعة فجحدك إياها، وأقمت عليه بينة؛ فإنه يضمن[2].

قوله: (**فجحدك إياها...**) المسألة.

وفي السليمانية - فيمن ملَّكها أمرها فاختارت الفراق ثلاثاً، فقال الزوج: لم أُرِد بذلك الطلاق، ثم قال بعد ذلك: إني أردت الطلاق ولكن نويت واحدة - قال مالك: يحلف ويصدق[3].

أصبغ وغيره: لا يصدَّق[4].

---

(1) انظر: المنتقى، للباجي: 316/7.

(2) التهذيب: 297/4.

(3) المشدالي: الرواية التي نقل عن السليمانية قد وقعتْ في كتاب التخيير والتمليك من العتبية أيضاً في رسم (كتب) مِنْ سماع ابن القاسم.

وقال بإثرها: قال أصبغ: هذا وهَمٌ من السامع، ولا تقبل نيته.

ابن رشد: توهيم أصبغ ما في الرواية فاسد، بل هي ثابتة عن مالك، ووقع ذلك له في الطلاق من سماع أشهب، وفي رسم (الكبش) من سماع يحيى هنا، وفي الأيمان بالطلاق، فلا ينكر ثبوته؛ لأنه جارٍ على أصل اختلف فيه قول مالك، من ذلك الذي يدعى عليه الوديعة فينكرها فتقوم بينة بها فيدعي تلفها أو ردها، والقولان قائمان من المدونة في اللعان والعتق.

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 227/5.

وزاد المشدالي بعده عن ابن رشد: وقول أصبغ يأتي على أحد قولي مالك، ولو أقام على قوله أنه لم يرد طلاقاً، وقال: أردت أن أمرها بيدها لشيء يذكره، لنظر في ذلك، فإن كذبه بساط يدل على أنه أراد الطلاق لم يقبل، وإن بان صدقه ببساط شهد له، حلف =

المازري: قالوا: هذا الذي وقع لمالك هنا وهَمٌ.

عبد الحميد: هذا أصل مختلف [68/أ] فيه، وهو الإقرار بعد الإنكار فذكر قولها هنا.

المتيطي: المعمول به عدم قبول قوله.

ابن الحاجب: هو المشهور.

ابن رشد: قولان قائمان من لعانها وغيره[1].

ابن الهندي: الأصح لا يقبل قوله؛ لأن في القبول فتح باب الشغب والتعنت.

اللخمي: الأحسنُ قبولُه[2].

ابن عات: لو ادعى أنه أودع رجلاً ثياباً، فأنكره فأقام عليه بينة أنه أودعه أعكاماً لا يعلمون ما فيها، ويظنونها ثياباً، فإنه يسجن ويهدد عليه، فإن أقر بشيء حلف عليه، وإن تمادى على إنكاره حلف رب الوديعة على ما يشبه أنه يملك مثله ويأخذه بذلك والظالم أحق أن يحمل عليه.

وقيل: يحلف بعد أن يضيق عليه إذا لم تعين البينة شيئاً، وتمادى على إنكاره، ولا شيء عليه[3] ....

=

ولم يلزمه طلاق، وإن لم يبن أمره حلف على دعواه وكانت واحدة؛ إذ لا يصدق في إبطال أقل ما يلزمه بالتمليك الظاهر وإنما له أن يسقط بيمينه ما زاد.

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 227/5.

(2) المشدالي: قد ذكرنا في كتاب الوديعة من مختصر البيان كلامَ ابن رشد على تحصيل الخلاف الذي في هذا الأصل مستوعَباً، فأغنى ذلك عن إعادته هٰهنا. وبالله التوفيق.

(3) قوله: (ولا شيء عليه) ساقط من (ش).

وبالأول القضاء[1].

ومن أودع وديعة بيده لغير عذر، ثم استردها، فهلكت عنده؛ لم يضمن، كرده لما تسلف منها[2].

قوله: **(ثم استردها فهلكت)**.

قد يقال: في هذا القياس نظر؛ لأنه لا يلزم من نفي الضمان في الأصل نفيه في الفرع؛ لقيام الفارق بينهما، وذلك أن إيداعه لها يستلزم إشهارها والإشلاء عليها، لاسيما إن كان لها بال، وهذا المعنى مفقود في الأصل.

وقد يقال: قياس أحروي؛ لأنه إذا انتفى الضمان عمن تصرف فيها وأذهب عينها فأحرى من[3] لم يذهب عينها، ولم تزل قائمة.

ومن أخذ من رجل مالاً، فقال الدافع: إنما قضيتكه من دينك الذي لك عليّ، أو رددته إليك من القراض الذي لك عندي، وقال الآخر: بل أودعتنيه، فضاع عندي؛ صدق الدافع مع يمينه[4].

قوله: **(وقال الدافع: قضيتك من دين لك)**.

قلتُ: أخذ منه بعض المشارقة أنه لو كان لابنته عليه دين فجهزها ثم مات، فقالت: هو من ماله، وقال الورثة: هو دينك، إن القول قول الورثة[5].

---

(1) انظر: تبصرة الحكام، لابن فرحون: 15/2.

(2) التهذيب: 297/4.

(3) في (ع): (من).

(4) التهذيب: 298/4.

(5) المشدالي: قال الشيخ أبو الحسن الصغير: هذه المسألة عندي أشبه شيء بمسألة (الابن

ومن أودعَه بقراً أو أُتناً أو نوقاً، فأنزى عليهن، فحملن فمتن من الولادة، أو كانت أمة فزوجها فحملت فماتت من الولادة؛ فهو ضامن[1].

قوله: (فمتن بالولادة).

في تعليقة القابسي ما نصُّه: انظر ما يقول ابن القاسم فيمن غصب حرةً فأحبلها، فماتت من نفاسها، هل الدية على العاقلة؟ وما أراه يقوله.

أو لا؟ فيكون مناقضاً لما[2] هنا.

=

يكون له على أبيه دين، فينفق عليه، ثم يموت، ثم يقول الابن: إنما أنفق عليَّ من ماله تطوعاً)، على ما مر في تضمين الصناع.

قال: ونزلت من هذا المعنى مسألة؛ وهي أن رجلا شوَّر ابنته، وكان لها عليه دين، فمات الابن وطلبت دينها، فقال الورثة: قد شوَّرك به، وقالت: إنما شوَّرني من ماله، فكان الجواب أنَّ القول قول الورثة.

فقيل للشيخ: وهل كذلك لو أخرج تلك الأسباب من عنده؟

قال: نعم، ويحمل على أنه عاوضها.

المشدالي: قال ابن عات - في ترجمة إيراد الأب أو الوصي جهاز المرأة - ما نصه: ولو ادعى الأب أنه أجهز ابنته بما لها قِبَله من ميراث أمها وغير ذلك، وأنكرت لما كان القول قوله في ذلك، ويكلف إقامة البينة على ذلك لقول الله ﷻ: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾.

المشدالي: وهذا عندي يحتمل الوفاق والخلاف؛ لأن قوله: "وأنكرت"؛ إن أراد أنها أنكرت أن يكون جهَّزها فهو وفاق، وإن أراد أنكرتْ أن يكون جهزها مما لها قبله، وزعمتْ أنه جهزها من ماله تطوعاً فهو خلاف. والله أعلم.

(1) التهذيب: 4/301-302.

(2) في (ع): (لقوله).

ومن أودعتَه أمَةً، فزوجها بغير إذنك؛ فهو ضامن لما نقصها التزويج، وإن ولدت، وكان في الولد ما يجبر به نقص النكاح؛ لم يغرم لنقص النكاح شيئاً، وربها مخير إن شاء أخذها وولدها، وإن شاء ضمّنه قيمتها بلا ولد(1).

قوله: (لما نقصه التزويج).

قال شيخنا: الأظهر أن اللام للتعدية لا للتعليل، وقياس ابن القاسم الجبر بالولد على العيوب ليس بحسن؛ لأنه لا جامع بين ما يجوز له فعله، وما لا، فلا يلزم من جبره في الأول جبره في الثاني.

ومن أودعك وديعة، ثم غاب، فلم تدر أين موضعه، أحي هو أم ميت، ولا مَنْ ورثته، فإنك تستأني بها، فإن طال الزمان، ويئست منه؛ فينبغي أن تتصدق بها عنه(2).

قوله: (فينبغي أن تتصدق بها عنه).

قلت: يؤخذ منه أحد القولين في المال المجهول الأرباب(3)، هل يسلك به مسلك الفيء أو مسلك الصدقة؟ وهو ظاهر المدونة.

وذكر فيه الداوديُّ قولين.

قال: والذي يصلح للنظر أنه يجري مَجرى الفيء؛ لإجماعهم أن من لم

---

(1) التهذيب: 4/303.

(2) التهذيب: 4/305.

(3) قوله: (الأرباب) ساقط من (ع).

يعرف له وارث بالنسب أنه يورث بالولاء، فقد صرف إلى سبيل من سبل الفيء فانظره[1].

قلت: وفي سماع ابن القاسم: سئل مالك عمن أوصى لرجل بدين، فطلب فلم يوجد ولا يعرف موضعه؟

قال: يتصدق به عنه. قال مالك: ويقول: اللّٰهم هذا عن فلان[2].

قلت: وفي موضع آخر، سئل مالكٌ عمَّن خالط رجلاً بمال، فكان لأحدهما قِبَل صاحبه فضْلٌ، فغاب الذي له الفضْل، ولا يعرف موضعه ولا يعرف له نسب إلا اسمه فقط.

قال: يتصدق عنه؛ يقول: اللّٰهمَّ هذا عن فلان مكانَ الذي له عندي، فإن جاء بعد ذلك دَفعَ إليه حَقَّه.

ابن رشد: قوله: "يتصدق به"؛ معناه: إن شاء؛ إذ لا يلزمه خوف غرمه

---

(1) المشدالي: قال الشيخ أبو الحسن في كتاب الولاء عند قوله: (وكل بلدة افتتحت عنوة...) المسألة. ما نصُّه: قال أشهب في مالٍ من لم يعرف له وارث معيَّن: يوقف حتى يعرف بعينه، أو يؤيس منه فيتصدق به عن ربه، ولا يكون فيئاً.
وقال إسماعيل: يجعل في بيت المال.
ابن الكاتب: وهو أصح؛ لأنه يلزم على الأول أنَّ مَنْ مات وترك موالي أن لا يرثوه؛ إذ لا يخلو من أن يكون له وارثُ نسب.
خ: وفي الداوودي: إذا قامت بينة أن الميراث لا يخرج عن هؤلاء وهم عدد محصورون إلا أنهم لا يعرفون قُعْدُدَهم، أنه يوقف حتى يصطلحوا.
خ: والذي ارتضاه الداوودي: أنه يكون فيئاً في كل مال جُهِل مالكه.
(2) البيان والتحصيل: 12/ 461.

ثانية إن جاء؛ إذ هو ثابت في ذمته؛ إذ[1] لا يبرأ منه إلا برده لربه، أو بدفعه إلى الإمام فيوقفه له.

قوله: "يغرم إن جاء صاحبه بعد ذلك" صحيحٌ، لا يدخله الخلاف الذي فيمن تصدق باللقطة بعد التعريف، هل يضمنها لصاحبها[2] إن جاء؟ لأنها ليست في ذمته بخلاف هذا، وفي الحديث[3]: «... **شأنك بها**»[4]، والله الموفق[5].

---

(1) قوله: (إذ) زيادة من (ع).

(2) قوله: (يضمنها لصاحبها) يقابله في (ش): (يحملها صاحبها).

(3) متفق عليه، أخرجه البخاري: 2/836، في باب شرب الناس وسقي الدواب من الأنهار، من كتاب المساقاة، برقم (2243)، ومسلم: 2/1346، في أول كتاب اللقطة، برقم (1722)، ومالك في الموطأ: 2/757، في باب القضاء في اللقطة، من كتاب الأقضية، برقم (1444).

(4) البيان والتحصيل: 10/393.

وزاد المشدالي بعده: وفي الخامسة عشر من سماع أبي زيد من الوصايا: وسئل عن نصراني هلك وأوصى بجميع ماله في الكنيسة ولا وارث له؟

قال: يدفع إلى أسقفتهم ثلث ماله يجعله حيث أوصى ويكون ثلثاه للمسلمين.

ابن رشد: هذا كما قال؛ لأن النصراني إذا لم يكن له وارث من أهل دينه فليس له أن يوصي بأكثر من ثلثه؛ لأن ورثته المسلمون، وقوله: "يدفع ثلث ماله لأسقفتهم..." إلى آخره؛ معناه: إن شاء، فإنما يدفع إليه ثلث ماله ليفعل فيه ما شاء علي حكم دينه.

وقوله: "وثلثاه للمسلمين"؛ معناه: يصرفه الوالي في وجوه منافعهم على حكم الفيء.

حكى ابن المواز عن ابن القاسم من رواية أبي زيد عنه أنه قال في الذي يموت ولا وارث له قال: يتصدق بما ترك إلا أن يكون الوالي يخرجه في وجهه مثل عمر بن عبد العزيز فليدفع إليه.

(5) قوله: (والله الموفق) ساقط من (ع).



كتاب العارية

كتاب العاريّة

ومن استعار دابة ليركبها حيث شاء، وهو في الفسطاط، فركبها إلى الشام أو إفريقية، فإن كان وجه عاريته إلى مثل ذلك؛ فلا شيء عليه، وإلا ضمن، والذي يسأل رجلاً يسرج له دابته ليركبها في حاجة له، فيقول له ربها: اركبها حيث أحببت، فهذا يعلم الناس أنه لم يسرجها له إلى الشام ولا إلى إفريقية[1].

قوله: (**فهذا يعلم الناس**).

يؤخذ منه أن العبد أو المرأة إذا سألا حاجةً في السيد والزوج فحلفا ليعطيانها[2] لهما، فقالا: حاجتنا العتق والطلاق؛ أنهما لا يحنثان؛ لأن هذا ليس من الحوائج التي تسأل في العرف[3].

---

(1) التهذيب: 4/307.

(2) قوله: (فحلفا ليعطيانها) يقابله في (ع): (فحلف ليعطينها).

(3)المشدالي: وفي أواخر النذور من النوادر روى عيسى عن ابن القاسم في العتبية فيمن قال لزوج ابنته: احلف بطلاقها لتقضيني حاجة أسألك فيها، فحلف له فقال طلق ابنتي فطلقها واحدة فقال الأب: أردتُّ البتة، فذلك للأب إن كان كلامه واحداً على المراجعة والنسق، فأما إن لم يقل ذلك حتى افترقا ثم تداعيا فقال الزوج: سألتني في طلقة وقال الأب: في ثلاث فالزوج مصدق وعلى الأب البينة.

وقال سحنون في كتاب ابنه: لا يلزم الزوج طلاق إن قال: لم أظن أن تسألني في مثل هذا، قال سحنون: لأن هذا ليس من الحوائج التي تعارف الناس سؤالها، ولا جري

ومن استعار دابة ليحمل عليها حنطة، فحمل عليها حجارة، فكل ما حمل عليها مما هو أضر بها مما استعارها له فعطبت به؛ فهو ضامن[1].

قوله: **(ومن استعار دابة ليحمل عليها حنطة).**

قد تقدم في الرهون ما يعارضُها.

وإن أمرت من يضرب عبدك عشرة أسواط ففعل، فمات العبد منها؛ فلا شيء لك عليه، واستحب له أن يكفر كفارة الخطأ، وإن ضربه أحد عشر سوطاً، أو عشرين سوطاً، فمات من ذلك، فإن زاد زيادة أعانت على قتله؛ ضمن[2].

قوله: **(وإن أمرت من يضرب عبدك).**

قلت: كان شيخنا أبو عبد الله يقرر هذه المسألة بأن يقول: معنى المسألة عندي أنه فعل بغير حضور السيد، وأما لو كان بحضوره فالحادي عشر مأذون فيه؛ لسكوته عنه.

=

من الكلام ما يدل أنه أراد بحاجته الطلاق، ومن العتبية وكتاب ابن سحنون قال سحنون: في العبد يقول لسيده: أسألك حاجة فاحلف لي فيها بالطلاق فيفعل فيقول له: اعتقني قال: لا يلزمه؛ لأن هذا ليس من الحوائج المتعارفة، ولو قال لسيده فتقول ما أقول فحلف السيد بالطلاق ليفعلن، فقال له: قل أنت حر، قال: هذا يحنث ويلزمه أن يقول كما قال العبد إلا أن يستثني السيد فيقول: إلا أن تقول: أنت حر فذلك له، ثم رجع سحنون في كتاب ابنه فقال: هي مثل الأولى ولا شيء عليه.

(1) التهذيب: 4/308.

(2) التهذيب: 4/310.

قلت: ويشهد له قولها في مسألة الضرس في أواخر جُعْلها: **(لأنه علم حين قلعه)**[1]، وقول الغير فيما إذا زاد على مدة الإجارة، وظاهر المدونة هنا الإطلاق.

وقيَّدَها أبو حفص وعبد الحق عن القابسي في كتاب العتق بما إذا كان سبب الضرب جائزاً، وأمَّا إذا كان لغير موجب، فالعشرة كلها لا تجوز[2].

قلت: وفي العتبية: قيل لسحنون: إنَّ أصبغ يقول: من أمر رجلاً بقتل عبده فقتله إنَّ على القاتل قيمته. فقال: ليس هذا القول بشيء، لا قيمة على القاتل؛ لأن صاحب العبد هو الذي عرَّض به للتلف، ويضرب قاتل العبد ويسجن سنةً، ويؤدَّب السيد الآمر[3].

قلت: ومسألة الأطراف والنفس، والصرة تلقى في البحر من هذا المعنى[4]، ولسنا لبيانه؛ لأنه مشهور في المحفوظات العلمية[5].

---

(1) التهذيب: 386/3.

(2) انظر: النكت والفروق، لعبد الحق: 317.

(3) البيان والتحصيل: 169/16.

(4) قوله: (المعنى) زيادة من (ع).

(5) المشدالي: أما مسألة الأطراف والنفس، فكلام ابن الحاجب فيها كافٍ وهو من أجلِّ المحفوظات العلمية، وذلك قوله: ولو قال للقاتل: إن قتلتني فقد وهبتُ لك دمي، إلى آخر المسألة.

وأما مسألة الصرة فقال صاحب الطرر في ترجمة وثيقة في وديعة المحتج: إن قال المودِع ألقها في البحر ففعل، ضمنها في قول بعضهم؛ لنهي النبي ﷺ عن إضاعة المال كمن قال: اقتلني أو ولدي فيفعل. من الاستغناء.

وإن أعرته أرضك يبني فيها، ويسكن عشر سنين، ثم يخرج ويدع البناء، فإن بيّن صفة البناء ومبلغه، وضرب لذلك أجلاً؛ فهو جائز، وهي إجارة، وإن لم يصفه؛ لم يجز[1].

قوله: (عشر سنين ثم يخرج...) المسألة.

ابن رشد والمتيطي: يقوم من هنا مثلُ قول ابن شهاب في المدونة أنه (يصح بيع الدار واستثناء سكناها عشر سنين[2]).

قلت: وفي سماع أشهب - فيمن حبس داره على أقاربه اثنتي عشرة[3] سنة فمات بعد شهرين، فجاء آتٍ إلى الورثة فقال: بيعوني مرجع هذه الدار - فقال: لا يعجبني؛ إذ لا يدري كيف ترجع.

ابن رشد: إنما لم نجز أن يبتاع مرجع الدار[4] بعد اثنتي عشرة سنة؛ لأن الأشياء[5] تتغير، فلا فرق بين أن ينقد أو لا.

وكذلك على هذا؛ لا يجوز لمن باع داره أن يستثني سكناها اثنتي عشرة سنة؛ إذ لا فرق بين أن يستثني البائع السكنى، أو يكون[6] لغيره فيشترطه على المبتاع.

---

(1) التهذيب: 4/311.

(2) انظر: المدونة (زايد): 7/247، و(العلمية): 3/291، و(السعادة/صادر): 4/266.

(3) قوله: (اثنتي عشرة) يقابله في (ع): (اثني عشر).

(4) قوله: (فقال: لا يعجبني؛ إذ لا يدري... مرجع الدار) ساقط من (ع).

(5) في (ع): (البناء).

(6) في (ع): (ليكون).

وقد اختلف في ذلك، وتقُوم إجازتُه من المدونة من كتاب العارية من هنا على ما قاله بعضُ أهل النظر.

والصواب أن مسألة المدونة صحيحة خارجة عن الاختلاف؛ لأن كل ما بنى المستعير [68/ب] فقد وجب لصاحب العَرْصة، فلا غرر في ذلك وإن[1] طالت المدة[2].

وسألتُه عن العبد بينهما يحبسانه على أن من مات أوَّلاً؛ فنصيبُه يخدم آخرهما موتاً حياتَه، ثم يكون العبد حراً بَعدَه، فلم يُجِزه مالك[3].

قوله: (**وسألته عن العبد...**) المسألة.

قال شيخنا أبو عبد الله: كان شيوخنا يأخذون من هنا - فيمن اشترط في الوصية عدم الرجوع القولَ الثالث الذي يذكره الشيخ ابن علوان - أن[4] الفرق بين العتق - فيلزم[5] - وغيره.

بيانُه أنه فرَّق هنا فقال في الدار: تبطل، ولم يردها للوصية، وفي العبد رده للوصية فأخرجه من الثلث وألزمها[6] العتق بكل حال.

والوصية من عوارضها صِحَّةُ الرجوع، فإذا ألزمه عدم الرجوع في غير

---

(1) في (ع): (ولو).

(2) البيان والتحصيل: 12/250.

(3) التهذيب: 4/313.

(4) في (ش): (وهو).

(5) قوله: (فيلزم) زيادة من (ع).

(6) في (ع): (وألزمها).

المشترط فيه عدم الرجوع[1]، فأحرى ما شرط فيه عدم الرجوع[2].

وقال في امرأة حبست دنانير على ابنة ابنتها على أن تنفق منها إذا أرادت الحج أو نفست؛ فذلك نافذ فيما شرطت، وليس للابنة أن تتعجلها قبل ذلك على أن تضمنها[3].

قوله: (**وقال في امرأة حبست دنانير...**) المسألة.

في تعليقة القابسي: انظر على مَن زكاة هذه الدنانير زمن الإيقاف؛ هل على بنت البنت لأنها قبلت؟ أم كيف الأمر فيها؟

والذي ينبغي أن لا زكاة فيها أصلاً زمن الإيقاف[4]؛ لأنه مال خرج عن ملك الموصي، ولم يملكه الموصى له؛ لأنه فائدةٌ، وشرْطه[5] مرور الحول بعد القبض[6].

---

(1) قوله: (في غير المشترط فيه عدم الرجوع) زيادة من (ع).

(2) المشدالي: قد تقدم تفصيل الخلاف فيمن التزم عدم الرجوع في وصيته في كتاب الوصايا الثاني فاعلمه.

(3) التهذيب: 4/314.

(4) قوله: (زمن الإيقاف) زيادة من (ع).

(5) في (ش): (وشرطها).

(6) المشدالي: وهذا هو الذي ذهب إليه أبو عمران، قال: لا زكاة فيه حتى يُقبض ويُستقبل به حول.

ومن استعار دابة إلى مسافة، فجاوزها بميل ونحوه، ثم رجع بها إلى الموضع الذي استعارها إليه، ثم رجع بها ليردها إلى ربها، فعطبت في الطريق، وقد رجع إلى الطريق الذي أذن له فيه، هل يضمن؟ قال: قال مالك: هو ضامن إلا أن يكون مثل منازل الناس؛ فلا شيء عليه[1].

قوله: **(ومن استعار دابة).**

وفي بعض النسخ وقعت مختصرةً.

ووجه اختصارها أن يقال: إنَّ البراذعي استشعر فيها إشكالاً تقريرُه أن يقال: قد قدَّم في الوديعة إذا تسلفها ثم ردها لم يضمن، وهنا إذا هلكت بعد ردها من بعد الميلين ضمِن، وفي كلا الصورتين ردٌّ لحالةٍ مأذونٍ فيها عن حالةٍ غيرِ مأذونٍ فيها.

الجواب أنَّ[2] هذه إنما تشبه مسألة تسلف العروض، وما كان من ذوات القِيَم، وقد قال فيه في المدونة أنَّه **(إذا استهلك عرضاً ورد مثله ثم ضاع ضمِن)**[3].

---

(1) التهذيب: 4/316.

(2) في (ش): (عن).

(3) انظر: المدونة (زايد): 10/362، و(السعادة/صادر): 15/147، و(العلمية): 4/436.

وزاد المشدالي بعده: وهذا الجواب هو معنى ما فرَّق به الشيخ أبو الحسن، فإنه قال: ويفرق بأن مجاوزة المسافة ممنوعة اتفاقاً، فإذا جاوزها تعلق الضمان بذمته، كمن كانت بيده ثياب وديعة، فلبسها حتى بليت، ثم ردَّ مثلَها؛ أنه لا يبرأ؛ لأن القيمة لزمته، وأمَّا تسلف الوديعة فقد اختلف فيه بالجواز والكراهة والمنع؛ فافترقا.

المشدالي: وهذا الفرق إنما يُحتَاج إليه على مذهب ابن القاسم، وأما على ما حكاه في

قال ابن القاسم: ومن بعث رسولاً إلى رجل يعيره دابة إلى برقة، فقال له الرسول: يسألك فلان أن تعيره إياها إلى فلسطين فأعاره، فركبها المستعير ولا يدري فعطبت، فإن أقر الرسول بالكذب؛ ضمنها، وإن قال: بذلك أمرتني، وأكذبه المستعير؛ فلا يكون الرسول ههنا شاهداً؛ لأنه خصم، والمستعير ضامن إلا أن يأتي ببينة أنه أمره إلى برقة[1].

قوله: **(لأنه خصم).**

قلت: في سماع عيسى - فيمن وكَّل رجلاً يبيع له غلة، وقال لِخَتَنٍ له: احفظ عليه ما يبيع فكتب جميع ما باع، فلما فرغ من البيع أتى خَتَنه بكتاب ما باع وكيله، فقال صاحب الحق للوكيل: هات كتابك بما بعت. فقال: ذهب مني ولكن انظر ما رفع إليك خَتَنُك فهو حق، وأشهد عليه بإقراره ثم نزع - فقال: لا يلزمه شيء؛ لأنه يقول: كنت أرجو أن يصدق وقد كذب، قلت: أفلا تقبل شهادته إن كان عدلاً؟ قال: لا؛ لأنه خصم»[2].

الواضحة عبد الملك ابن الماجشون من أنه لا ضمان عليه فهو عنده والوديعة سواء. والله أعلم

(1) التهذيب: 316/4.

(2) المشدالي: ابن رشد: هذا كما قال؛ لأنه إذا وكل خَتَنه ليحفظ عليه ما يبيع صار بمنزلته في الخصومة؛ لأن يد الوكيل كيَد موكله، فوجب أن لا تجوز شهادته عليه، ولا خلاف أنه يجوز له أن يرجع عما رضي به من تصديق خَتَنه ما لم يشهد عليه بذلك، فإذا شهد عليه به فاختلف هل له أن يرجع أو لا، حسب ما حصلناه في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم من الشهادة.

المشدالي: وقد ذكرناه مستوفى في كتاب الإقرار من مختصر البيان. وبالله التوفيق.



كتاب اللقطة



كتاب اللُّقَطة

قيل: هل لمن وجد آبقاً خارج المصر أو داخله جعْلٌ إن طلبه؟ قال: قال مالك فيه، ولم يذكر خارج المصر أو داخله: إن كان ذلك شأنه يطلب الضوال لذلك ويردها، فله الجعل بقدر بعد الموضع الذي أخذه فيه أو قربه، وإن لم يكن ذلك شأنه، وإنما وجده فأخذه، فلا جعل له وله نفقته[1].

قوله: **(قيل: هل لمن وجد آبقاً)**.

اختصرها لما ذكر في المختصر[2].

ويحتمل أن يقال: كأنه لم يرتض قياسها على الضوال.

ويحتمل أن يكون لأن السؤال محتمِلٌ لما هو أكثر من الجواب؛ لأن قوله: **(وجدَه)** وقوله: **(إن طلبه)** يحتمل وجدَهُ بعد ما سمى لمن يأتي به فله كذا،

---

(1) التهذيب: 377/4.

(2) المشدالي: قال في كتاب الجُعل منه: اختصرها أبو سعيد؛ لأنه أوجب الجُعل بمجرد كون الآتي به شأنه ذلك، ولم يعتبر هل ربه ممن يلي طلبه بنفسه، أو بأعوانه، أو لا، كما تقدم اعتبار ذلك فيمن حرث أرضَ رجلٍ.
واعتبر ذلك اللخمي، قاله في مسألة: من جوعل على آبق فاستحق من يده.
المشدالي: وقال بعض المتأخرين: اختصرها لكونه لم يسأل عمَّن شأنه يطلب ذلك، ولا عمن وجد ذلك بغير طلب.
والجواب متردد بين الأمرين.

وسمع هذا فطلبه ورده فوجده؛ لأنه يصلح رجوع الضمير في طلبه إلى الآبق لا إلى الجُعل، ويحتمل أن يكون وجده اتفاقياً.

ومن فتح باب دار فيها دواب فذهبت، فإن كانت الدار مسكونةً فيها أهلها لم يضمن، وإن لم يكن فيها أربابها ضمن، ولو كان فيها ربها نائماً، لم يضمن[1].

قوله: (**ومن فتح باب دار...**) المسألة.

قال شيخنا أبو عبد الله: يصحُّ عندي لمن له مشاركة في العلوم وترجيحٌ مستقيمٌ مخالفة المدونة إذا ظهر إشكالها، كهذه المسألة.

ومن حل عبداً من قَيدٍ قُيّد به لخوف إباقه، فذهب العبد، ضمن[2].

قوله: (**ومن حلَّ قيد عبداً...**) المسألة.

أَخَذَ منها شيخنا أبو عبد الله وغيره أن من وجد دابة لرجل على بئر فسقاها، فذهبت؛ أنه يضمنها.

قلت: هذا ظاهرٌ إذا كان إن تركها وقفَتْ على البئر تنتظر من يسقيها، ولا يُتَّقى عليها ضررُ العَطَش، وأما إذا تركها ماتت فسقاها ففي ضمانه نظرٌ.

قلت: وأخذ ابن هشام من هذه المسألة ومن مسألة القفص: أن من أخفى مطلوباً عن غريمه، وهو يعلم بها عليه، ثم أطلقه فذهب ولم يجده طالبُه؛ لزمه غرم الدين، وكذا السجَّان والعوين إذا أطلقا الغريم.

---

(1) التهذيب: 4/379.

(2) التهذيب: 4/379.

ومن اعترفت من يده دابة وقضي عليه، فادعى أنه اشتراها من بعض البلدان وأراد أن لا يذهب حقه فله وضع قيمتها بيد عدل ويمكنه القاضي من الدابة ليخرج بها إلى بلد البائع منه لتشهد البينة على عينها[1].

قوله: (**ليخرج إلى بلد البائع**).

ظاهره قَرُب البلدُ أو بعُد، ومعناه إذا قرُب أو توسَّطَ، ولا يمكن في البعيد جداً.

وتقرير معارضتها لمسألة العبد قبلَها أن الصفة إما أن تكون كافيَةً في إسناد الحكم إليها فيلزم أن لا يذهب بالدابة هنا بل بصفتها، وإما أن تكون غير كافية فيلزم أن لا تصح في مسألة العبد!

الجواب: إنما اكتفى بالصفة في مسألة العبد لكونه لا منازع له، وهنا له منازع وهو المستحق.

قيل: فإذا وصل كتاب القاضي إلى القاضي وثبت عنده بشاهدين، هل يكلف الذي جاء بالبغل أن يقيم بينةً أن هذا البغل هو الذي حكم به عليه؟ قال: إن كان البغل موافقاً لما في كتاب القاضي من صفته وخاتم القاضي في عنقه، لم يكلف ذلك[2].

قوله: (**قيل**).

---

(1) التهذيب: 4/383-384.

(2) التهذيب: 4/384.

اختصرها لوجهين:

أحدهما: إجمال قوله: (**بشاهدين**)؛ هل معناه بشاهدين يصحبان الكتاب؟ أو بشاهدين على الخط؟

وعلى الاحتمال الأول فظاهره تصح شهادتهما ولو لم يُشهِدهما القاضي على ما في باطنه.

وقد عُلِمَت هذه الجملة من أحكام ابن سهل[1]، وغيره.

الوجه الثاني: إشكال الجواب؛ لأن ظاهره يقتضي اشتراط مجموع أمرين؛ موافقة الصفة، والطبع، وقد قَدَّمَ قبل ذلك - في مسألة العبد وغير هذا الموضع - اعتبارَ الصفة فقط.

وإن شهد قوم على حق، فعدَّلهم قوم غير معروفين، فعدَّل المعدلين آخرون، فإن كان الشهود غرباء، جاز ذلك، وإن كانوا من أهل البلد، لم يجز ذلك؛ لأن القاضي لا يقبل عدالة على عدالة إذا كانوا من أهل البلد، حتى تكون العدالة على الشهود أنفسهم عند القاضي[2].

قوله: (**لأن القاضي لا يقبل عدالة على عدالة**).

ابن عرفة: وعندي أن هذا من تعليل الشيء بنفسه، وانظر نوازل سحنون.

قلت: ووَقَعَتْ عندي مسألةٌ عام أربعة، وأنا أثبتها هنا[3] وهي: رجُلٌ استظهر بعقد حبسَ معقب بشاهدين عدلين أعذرت لغريمه فقدح في أحد

---

(1) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 66.

(2) التهذيب: 4/384-385.

(3) في(ش): (هٰهنا).

الشاهدين بما سقطت به شهادته، فلما بقي[1] شاهد واحد ضعف الرسم، فقلت لصاحبه: هل عندك من تحييه به وتقويه؟ فقال: نعم، فأجَّلته أياماً ثم أتى بشاهد يشهد بالتحبيس الموصوف فافتقر إلى تزكيته، فأتاني بالعدل الباقي له في رسمه ليزكي هذا الثاني، فهل تصح تزكيته له، ويتم الرسم؟ أم لا؟

فقلت: في هذه المسألة لا تصح.

ثم أتاني بعدول آخرين زكوه فصح الرسم بعد الإعذار والتسليم.

وأخذتُ ما[2] قلنا من قول سحنون في العتبية، ونصُّه: سئل عمن يأتي بشاهدين بحق على رجل، ثم يأتي بعدلين يشهدان له - أيضاً - بذلك الحق على الرجل الذي شهد عليه الشاهدان الأوَّلان، فيزكي الشاهدان الأخيران الأولين.؟

قال: شهادتهما جائزة وتزكيتهما، وقد ثبت الحق على من شهدوا عليه.

قيل له: ولم؟

قال: مِنْ قِبَل أن الشاهدْين قد ثبتا[3] لا محالة؛ لأن الشاهدين الآخَرَين[4] زادا[69/أ] صاحب الحق خيراً، أرأيت لو جاؤوا مجيء مزكِّيَيْن ألم تثبت تزكيتهم؟

فلما قالوا: شهدنا أن هؤلاء شهدوا بحق، وأن الحق لهذا، فقد زادوه قوةً وتثبيتاً لحقه.

---

(1) في (ع): (أبقي).

(2) في (ش): (بها).

(3) في (ع): (ثبت).

(4) في (ع): (الأخيرين).

قيل له: فلو شهد هذان الرجلان وهذان الرجلان لرجل[1] بحقَّيْن مختلفَيْن[2] وزكى هؤلاء وهؤلاء[3]؟

فقال: تزكيتهم وشهادتهم جائزة[4].

وجه الأخذ أنه علل صحة تزكية الأخيرين[5] للأوَّلَيْن بتقرر الحق بالأولين - يريد في العدد - ولهذا قال: لو فرض إسقاط عدد[6] الأخيرين بالنسبة إلى شهادتهم، وأتوا بمجرد التزكية صحت، فمفهومه: لو لم يكمل الحق الأول لم تصح التزكية؛ لأنه جار بشهادته نفعاً.

وأخذتُ ذلك أيضاً من جوابٍ نُسِب لابن عبد السلام في عين هذه النازلة، وقوَّيتُه من مسائل[7] في هذا المعنى، والله تعالى يلهمنا الصواب، إنَّه كريمٌ وهَّابٌ.



(1) في (ع): (رجلين).

(2) قوله: (مختلفين) ساقط من (ع).

(3) في (ع): (هؤلاء).

(4) البيان والتحصيل: 10/133-134.

(5) في (ع): (الآخَرين).

(6) قوله: (عدد) زيادة من (ع).

(7) قوله: (من مسائل) يقابله في (ع): (بمسائل).

كتاب حريم البئر



كتاب حريم البئر

وإذا حرث جارك على غير أصل ماء؛ فلك أن تمنعه أن يسقي بفضل ماء بئرك التي في أرضك إلا بثمن إن شئت، وأما إن حرث، ولأرضه بئر فانهارت، فخاف على زرعه؛ فإنه يقضى له عليك بفضل ماء بئرك بغير ثمن، وإن لم يكن في مائك فضل؛ فلا شيء له[1].

قوله: **(فخاف على زرعه)**.

قلت: في المدونة شرطان:أن يكون على أصل ماء، ويخاف[2].

زاد الباجيُّ شرطاً ثالثاً؛ وهو: أن يشرع من انهارت بئرُهُ أو غارت عينه في إصلاحها على حسب العرف والإمكان، فإن ترك واعتمد على سقي فضْل جاره.

ففي المجموعة عن مالك: لا سقي له.

وقال مطرِّف: له[3].

ومن أرسل في أرضه ماءً أو ناراً، فوصل إلى أرض جاره فأفسد زرعه، فإن كانت أرض جاره بعيدة يؤمن أن يصل ذلك إليها، فتحاملت النار

---

(1) التهذيب: 4/ 391.

(2) انظر: المدونة (زايد): 10/ 433، و(السعادة/صادر): 15/ 191، و(العلمية): 4/ 469.

(3) المنتقى للباجي: 6/ 39-40.

بريح أو غيرها فأحرقت؛ فلا شيء عليه، وإن لم يؤمن وصول ذلك لقربها؛ فهو ضامن[1].

قوله: (**فأفسد زرعه...**) المسألة.

المتيطي: إذا أوقد رجلٌ ناراً لعمل يعمله فأحرقتْ زرع غيره، عقَدْتُّ في ذلك: يشهد من يتسمى بعد أنهم يعرفون فلاناً بن فلان[2] معرفة صحيحة تامة بعينه واسمه، قد أحرق حطباً لرماد بقرب زرع فلان، وأنه غرر في ذلك، وأنه كان في الزرع أو في[3] الأندر على الحزر والتقدير، منهم كذا وكذا قفيزاً لا يشكون في ذلك... إلى آخر العقد.

وحَكَم الحاكم بعد الموجبات أن يُلزم فلان ضمان مكيلة ما أحرقته ناره، بعد أن يحلف صاحب الزرع على عدد الأقفزة؛ لأن البينة على عدد معلوم.

قال الباجيُّ في سجلاته: وما تقدم في التسجيل من الحكم فلزوم[4] المكيلة، ليس بصحيح على مذهب المدونة وغيرِها.

والمعروف من قول مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ أن من استهلك طعاماً لا يُعْرفُ كيله فعليه قيمته دراهم[5].

ولا يجوز أن يأخذ منه إذا كان الزرع يابساً طعاماً لأجل؛ لأنه قد وجبت

---

(1) التهذيب: 4/394-395.

(2) قوله: (بن فلان) ساقط من (ع).

(3) قوله: (في) زيادة من (ع).

(4) في (ش): (بلزوم).

(5) انظر: تبصرة الحكام، لابن فرحون: 2/10.

له قيمةٌ حالَّةٌ، فأَخَذ الطعام إلى أجلٍ فيفسخ[1] دين في دين.

فإن نقده شعيراً أو سُلْتاً أو قمحاً فكان أقل أو[2] أكثر مما يتحرى من الزرع لم ينفع[3]؛ لأنه يصير مثل ما كره من اقتضاء من ثمن الطعامٍ. والله أعلم[4].

قيل: فإن كانت له أرض، وإلى جانبها أرض لغيره، وله عَينٌ خلف أرض جاره، وليس له ممر إلا في أرض جاره، فمنعه من الممر إلى العين؟ قال: سئل مالك عن رجل له أرض وحواليها زرع للناس في أرضهم، فأراد أن يمر بماشيته إلى أرضه في زرع القوم، فقال: إن كان ذلك يفسد زرعهم؛ فلهم منعه[5].

قوله: (**قيل: فإن كان له أرض...**) المسألة.

اختصرها لأن لقائل أن يقول: لا يلزم من تفصيل الجواب في المستدَل بها وما رتب عليه من الحكم أن يكون كذلك في المسئول عنها؛ لوجهين:

أحدهما: لا يلزم من ضرره بمروره مع غيره من ماشية، ضررُه بنفسه في الأولى.

الثاني: أنه قد يقال: الفرق بينهما أنه لا يلزم من ضرره في مسألة الزرع

---

(1) في (ع): (ففسخ).

(2) في (ع): (و).

(3) في (ع): (ينبغ).

(4) المشدالي: انظر أواخر النصف الأول من كتاب الدعاوى من جامع الأحكام.

(5) التهذيب: 4/395.

ضرره في الأولى؛ لأن الزرع إبّانَه محصورٌ، والممر[1] دائم.

وكذلك من ارتهن داراً؛ فليس لرب الدار أن يكريها، ولكن يتولى المرتهن كراها بأمره، ويكون الكراء لرب الدار، ولا يكون رهناً إلا أن يشترطه، وإن اشترط أن يكريها، ويأخذ كراها في حقه، فإن كان دينه من قرض؛ جاز، وإن كان من بيع؛ لم يجز إلا أن يكون ذلك الشرط بعد عقد البيع، فجائز، وإن عقد البيع على هذا؛ لم يجز، إذ لا يدري ما يقتضي أيقل أم يكثر، إذ لعل الدار تنهدم قبل أن يقتضي[2].

قوله: **(بعد عقد البيع فذلك جائز).**

ابن رشد: وقد أجاز في حريمها أن يأذن راهن الدار لمرتهنها بعد عقد البيع أن يكريها ويأخذ حقه من كرائها، ومعنى ذلك إذا كان الدين حالاً، أو لم يكن[3] في ذلك عناء[4].

---

(1) في (ع): (وألم).

(2) التهذيب: 4/399-400.

(3) قوله: (يكن) ساقط من (ع).

(4) البيان والتحصيل، لابن رشد: 11/15.

كتاب القطع في السرقة



[كتاب القطع في] السرقة

الفاء في الترجمة كفاء في «هرة»[1].

وإنما يقوّم غير الذهب والفضة من سائر الأشياء، فمن سرق عرضاً قيمته ثلاثة دراهم قُطع، وإن لم يساو من الذهب ربع دينار، ولو ساوى ربع دينار، ولم يساو ثلاثة دراهم؛ لم يُقطع، وإنما تُقوّم الأشياء بالدراهم[2].

قوله: (**الأشياء كلها بالدراهم**).

ظاهره ولو دَينُ غير المدير[3]، فيؤخذ منه تقويم العين بالعين.

ونحوه في القراض.

وسئل أبو عمران عن اختلاف الدنانير من كون بعضها اثني عشر وبعضها عشرة؟

---

(1) المشدالي: يعنى أنها للتعليل، وأشار إلى قوله عليه السلام: عُذّبت امرأة في هرة الحديث.

ومنه قوله تعالى: ﴿فَذَٰلِكُنَّ ٱلَّذِى لُمۡتُنَّنِى فِيهِ﴾.

وتعبير الوانوغي بالفاء ليس بالوجه، وإنما الصواب أن يقول: في الترجمة مثل في الواقعة في الحديث، على ما عُرِف في محله، انظر الباب السابع من: مغني اللبيب لابن هشام.

(2) التهذيب: 4/425.

(3) في (ع): (المدين).

فقال: لما قوَّم عمر رضي الله عنه الدية على أهلها، كان الصرف في ذلك الوقت في دينار الدية اثني عشر، فبقي سُنّةً لمن بعده.

ومن قام من الناس بسارق أو زان إلى الإمام، أقام عليه الحد إذا ثبت ذلك عنده، بخلاف القاذف يرفعه غير المقذوف، هذا لا يحده حتى يحضر الطالب[1].

قوله: (**بخلاف القاذف يرفعه غير المقذوف**).

ذكر ابن العربي في المعرفة بالقضاء أن أبا حنيفة جاءه رجل فقال له: إن ابن أبي ليلى جلد امرأة مجنونةً قالت لرجل: يابن الزانيَين حدَّيْن في المسجد وهي قائمة، فقال له: أخطأ من ستة أوجه:

الأول: أن المجنون لا حد عليه إن كان زمن قذفه مجنوناً، وكذا يؤخر حتى يصحو.

الثاني: حدَّيْن بناء على مذهبه في كونه حقاً لله فتتداخل الحدود، فالواجب حدٌّ واحدٌ، وخطؤه على مذهبه[2].

وأما على مذهب مالك والشافعي، فهو حق لآدمي فيتعدد بتعدد المقذوف.

الثالث: أنه جلد من غير مطالبة المقذوف، ولا تجوز إقامة حد القذف بالإجماع إلا بعد المطالبة بإقامته مَن يقول إنه حق لله أو للآدمي، وهو من أقوى الأدلة على كونه للآدمي.

---

(1) التهذيب: 4/428.

(2) قوله: (في كونه حقاً لله فتتداخل الحدود... مذهبه) ساقط من (ع).

الرابع: أنه والى بَيْن الحدين، ومن وجب عليه حدَّان فإنه لا يوالى بينهما، بل يترك الثاني حتى يطيقه.

الخامس: حدَّها قائمةً، بل جالسةً هو الشأن.

السادس: كونه في المسجد، ولا تقام الحدود في المساجد إجماعاً.

واختلف في القصاص والتعزير.

وقد كان ابن أبي ليلى قاضياً بالكوفة[1].

وإذا عاينت البينة إخراج المتاع من البيت، ولا يدرون لمن هو؛ فلا يشهدوا بملكه لرب البيت، ولكن يؤدّون ما عاينوا وعلموا، وتقطع يد السارق، ويقضى بالمتاع لرب الدار، وكذلك إن عاينوا أنه غصبه ثوباً[2].

قوله: (**غصبه ثوباً**).

ظاهره أن شهادة الغصب[3] لا تستلزم الملك، وهذا ظاهر في التعقل، لكنه خلاف لما في كتاب الغصب.

وإذا جمع السارق المتاع وحمله، فأُدرك في الحرز قبل أن يخرجه؛ لم يقطع، قيل: فإن أخرجه من البيت إلى الدار، والدار مشتركة مأذون فيها، والبيت محجور عن الناس؟ قال: قال مالك: يقطع إذا أخرجه من البيت إلى الدار والدار مشتركة؛ لأنه قد صيره إلى غير حرزه[4].

---

(1) أحكام القرآن، لابن العربي: 4/41، 42

(2) التهذيب: 4/430.

(3) في (ع): (الخصم).

(4) التهذيب: 4/430.

قوله: (قيل).

حُق لها أن تختصر؛ لاختلاف الشيوخ في فهمها.

وعدمُ المطابقة بين السؤال والجواب ظاهراً؛ لأنه سأله عن دارٍ موصوفةٍ بوصف الاشتراك والإذن، فأجاب بأحدهما.

مع ما في السؤال والجواب من إبهام الشركة؛ أهي عموماً أو خصوصاً، مع الإبهام في التابوت من كونه مما يُنقل لصغره فلا يكون حرزاً، أو كبيراً.

ثم استدل بمسألة الضيف، والإذن فيها خاص، والإذن الخاص ليس كالعام.

وإن ناول أحدهما المتاع لصاحبه وهما في الدار؛ لم يقطع إلا من خرج به، ولو قربه أحدهما إلى باب الحرز أو النقب، فتناوله الخارج؛ قُطع الخارج وحده، إذ هو أخرجه، ولا يقطع الداخل، ولو التقت أيديهما في المناولة في وسط النقب؛ قُطعا جميعاً[1].

قوله: (وسط النقب).

تقرير الإشكال الوارد هنا[2] واضحٌ.

قال في تعليقة القابسي: انظر إن كان يريد أنَّ الداخل سلَّمَه من يده للخارج في وسط النقب، ولم يخرج يده معه حتى كأنهما جميعاً أخرجاه، وهو ظاهر الكلام؛ لأنه قال: (ناوله)؛ فظاهره أن يده لم تتبع الثوب حتى [69/ب] خرج.

---

(1) التهذيب: 4/432-433.

(2) قوله: (هنا) يقابله في (ع): (في هذا المقام).

وينبغي إن كان النقب في نفسه من الحرز أن لا يقطع الداخل؛ لأنه كمناول له في الحرز.

وإن كان وسط النقب عنده ليس بحرز فيلزم ألا قطع على الخارج.

قال أبو محمد: لا يصلح أبداً أن يكون المعنى إلا أنَّ يدَ الداخلِ صَحِبَتْ يد الخارج حتى أخرجه إلى خارجٍ.

وإذا سرق أحد الأبوين من مال الولد؛ لم يُقطع، وكذلك الأجداد من قبل الأب والأم، أحب إلي أن لا يُقطعوا؛ لأنهم آباء؛ ولأن الدية تغلظ على أب الأب إذا قتل ابن ابنه ولا يقتل، فإن قيل: إن الجد يقطع؛ لأن نفقة ولد ولده لا تلزمه، قيل له: فالأب لا تلزمه نفقة ابنه الكبير، ولا ابنته الثيب، وهو لا يقطع فيما سرق من أموالهما، ولا يحد فيما وطئ من جواريهما، فكذلك الجد لا حد عليه، ولا قطع ولا نفقة[1].

قوله: (**فإن قيل: الجد يقطع**).

إن قلتَ: لا موضع لهذا السؤال؛ لأن العلة الأُبُوَّة.

قلتُ: موضوع السؤال أن يقال: السائل استشكل إلحاق الجدِّ بالأب في عدم القطع لأنَّا نقول: الأبوة المانعة من القطع هي الأبوة الموجبة للنفقة، أو الأبوة[2] مطلقاً.

الأول: مسلَّمٌ. **والثاني**: ممنوعٌ.

وما أجاب به في المدونة ضعيفٌ؛ للفرق القائم، وهو ثبوتها في الأب

(1) التهذيب: 4/435-436.

(2) قوله: (الأبوة) ساقط من (ع).

بالأصالة وعدم أصالتها في الجد.

وإذا سرق المكاتب من مال سيده، أو سرق السيد من مال مكاتبه، أو من مال مكاتب ابنه أو من عبد؛ لم يقطع[1].

قوله: (وإذا سرق المكاتَب من مال سيده).

قلت: بخلاف لو وطئ المكاتب أمَةَ سيده، والفرق واضحٌ.

ومن سرق كلباً صائداً أو غير صائد؛ لم يقطع؛ لأن النبي ﷺ حرَّم ثمنه[2].

قوله: (حرَّم ثمنه[3]).

العلة منقوضةٌ بالحُرِّ.

ومن سرق ثوباً لا يساوي ثلاثة دراهم، فيه دراهم أو دنانير مصرورة، ولم يعلم أن ذلك فيه، قال مالك رحمه الله: أما الثوب وشبهه مما يعلم الناس أنه يرفع ذلك في مثله؛ فإنه يقطع، وإن لم يدر ما فيه[4].

---

(1) التهذيب: 4/437.

(2) التهذيب: 4/438.

(3) متفق عليه، أخرجه البخاري: 2/779، في باب ثمن الكلب، من كتاب البيوع، برقم (2122)، ومسلم: 3/1198، في باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن ومهر البغي، من كتاب المساقاة برقم (1567)، ومالك: 2/656، في باب بيع اللحم باللحم، من كتاب البيوع، برقم (1338).

(4) التهذيب: 4/440.

قوله: **(ولو لم يدر ما فيه)**.

هذه من المسائل التي لا يعذر فيها بجهل، صرح بذلك ابن رشد[1]، وغيره[2].

وفي سماع عيسى فيمن أوصى لرجل بإناء فوُجد مملوءاً دنانير أو[3] دراهم، فإن كان يعلم الناس أنه مما يرفع فيه ذلك أعطي بما فيه، وإلا أعطي الإناء وحده[4].

وإن سرق فضة فصاغها حلياً أو ضربها دراهم، ثم قُطع ولا مال له غيرها؛ فليس لربها إلا وزن فضته؛ لأني إن أجزت له أخذها بلا شيء، ظلمت السارق، وإن أمرته بأخذها، ودفع أجرة الصياغة، كانت فضة بفضة وزيادة؛ فهذا ربا[5].

قوله: **(لأني إن[6] أجزت له أخذه بلا شيء ظلمت السارق)** وقد يلزم[7] الخصم الأمر الأول من هذين الأمرين اللذين ردد بينهما وهو أنه يأخذه بلا شيء.

---

(1) انظر: البيان والتحصيل: 5/ 261، والمقدمات والممهدات، لابن رشد: 2/ 231.

(2) المشدالي: قد استوعبها صاحب التوضيح فانظره في كتاب النكاح، وانظر الثاني من ابن سهل.

(3) قوله: (دنانير أو) زيادة من (ع).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 10/ 444.

(5) التهذيب: 4/ 448.

(6) قوله: (إن) ساقط من (ع).

(7) في (ع): (يلتزم).

قوله: (ظلمت السارق)[1].

قلنا: لا ظلم؛ لسبق ظلمه، وهو أحق أن يحمل عليه.

ومن سرق من بيت المال أو من المغنم، وهو من أهل ذلك المغنم؛ قُطع، قيل: أليس له في المغنم حصة؟ قال: قال مالك: وكم تلك الحصة؟![2].

قوله: (**ومن سرق من بيت المال**).

هي طرفان وواسطة:

- الشريكُ؛ لا قطعَ.
- بيت المال؛ يقطع.
- المغنم؛ فيه خلاف.

ابن عبد السلام: من ادعي عليه أنه رجع رجوعاً يسقط به سهمه من المغنم فأنكر الرجوع، فإن كان المدعي لذلك من أهل الجيش لم يقبل قوله؛ لأنه جارٍ لنفسه.

انظر قولهم في رد الشهادة في هذا الفصل واتهامهم الشاهد بأنه جار لنفسه، مع قولهم - في المشهور -: إذا سرق واحدٌ في الجيش؛ إنه يقطع.

قوله: (**قيل لمالك: إن له في الغنيمة سهماً، قال: وكم ذلك السهم؟!**).

قلت: استدل بعضهم من قولها: (**وكم تلك الحصة**) أن الدين المجهول

(1) قوله: (قد يلتزم الخصم... السارق) زيادة من (ع).
(2) التهذيب: 4/454.

قدرُه تصحُّ المحاصَّةُ به؛ لأن الجهل غير قادح هنا في درء الحد فكذا في عدم المحاصة.

قلت: والمنصوص عدم المحاصة،

قاله الداوودي، ونقله عنه أيضاً في طرر ابن عات ونقله في نوازل الشعبي.

ونص كلام الداوودي: ومن كان له دين على من استغرقت التبعات[1] والظلامات ذمته، ولا يكاد يحصى أهل التبعات[2]، ولا يفي ما بيده بما عليه ولا يقاربه، ولا يعلم منتهى ما عليه؛ لم يجز لأحد أن يقتضي منه شيئاً مما له عليه؛ لأن الحصاص تقرر في الذمة، و[3] يجب عليه في ماله، فلا يجوز له أخذ شيء لا يدرى هل يجب له أم لا.

ولا بأس إن باع منه شيئاً أو كان له عليه دَينٌ أن يحيله على من له هو عليه دين، ويسوغ ذلك لآخذه؛ لأنه لم يأخذ ما يضرّ بغرمائه.

قلت: أما البيع[4] فقد أخذ[5] فقد يرجو له سوقاً، وأما في الحوالة فالمحال[6] قد أضرَّ بغرمائه؛ لاختصاصه دونهم بأكثر مما له.

---

(1) في (ع): (التباعات).

(2) في (ع): (التباعات).

(3) قوله: (تقرر في الذمة و) زيادة من (ع).

(4) في (ع): (في السيد).

(5) في (ع): (أجر).

(6) في (ع): (فالخال).



كتاب المحاربين

كتاب المحاربين

والمحاربون إذا أُخذوا ومعهم أموال، فادعاها قوم لا بينة لهم؛ فلتدفع إليهم بعد الاستناء في استبراء ذلك من غير طول، فإن لم يأت من يدعيها، دفعت إليهم بعد أيمانهم بغير حميل؛ ولكن يُضَمِّنَهم الإمام إياها إن جاء لذلك طالب ويُشهِد عليهم[1].

قوله: (**فلتدفع إليهم بعد[2] الاستيناء**).

نحوه في الولاء.

ومن قال لرجل: يا لوطي، أو: يا عامل عمل قوم لوط، فعليه حد الفرية. وإن قذفه ببهيمة أُدّب أدباً موجعاً ولم يحد، إذ لا يحد من أتى بهيمة. وكل ما لا يقام فيه الحد، فليس على من رمى رجلاً بذلك حد الفرية. ومن قذف رجلاً بالزنى، فعليه الحد، وليس له أن يحلف المقذوف أنه ليس بزان، وإن علم المقذوف من نفسه أنه كان قد زنى، فحلال له أن يحده[3].

من قال لرجل: يابن العبد، هل يحد أم لا؟[4]

---

(1) التهذيب: 4/462.

(2) في (ع): (قبل)، وهو خطأ.

(3) التهذيب: 4/477.

(4) قوله: (من قال لرجل: يابن العبد؛ هل يحد أم لا؟) ساقط من (ع).

المـازريُّ: وقع سؤالٌ بسُوسة أفتى فيه شيخنا، وأخذه من هذه المسألة، وهو أخذٌ خفيٌّ دقيقٌ، ونص السؤال: فيمن قال لرجل: يابن العبد، هل يحد أم لا؟ فأقام القاذف بينة تشهد على السماع أنهم سمعوا أن جد هذا[1] المقذوف كان عبداً.

فقال شيخنا: إنها[2] تجري على الخلاف بين ابن القاسم وأشهب، فعلى رأي أشهب لا حدَّ عليه؛ لأنه عند أشهب يثبت الولاء بهذه الشهادة، وإذا ثبت بها الولاء فلا حد عليه؛ لأنه قد أقام البينة على صدق ما قال.

وأما على رأي ابن القاسم الذي لا يُثْبِتُ بهذه الشهادة الولاء، فقد راعى فيها الخلاف، ولا يحده، ويكون الخلاف شبهةً يُدرَأُ بها الحدُّ.

ووقع سهوٌ من القلم في تأخير هذه المسألة إلى هنا، والأنسب بها محلها من كتاب الولاء.



(1) قوله: (هذا) زيادة من (ع).

(2) قوله: (إنها) زيادة من (ع).

كتاب الرجم



كتاب الرجم

من تزوج امرأة، وتقادم مكثه معها بعد الدخول بها، فشهد عليه بالزنا فقال: ما جامعتها مذ دخلت عليها، فإن لم يعلم وطؤه بولد يظهر أو بإقرار؛ لم يرجم، وإن علم منه إقرار بالوطء قبل ذلك؛ رُجم[1].

قوله: **(وإن علم منه إقرار بالوطء)**.

قلت: تقرير معارضتها لما في أواخر الاستبراء واضحٌ للنبيه[2].

ومن خاصم في قذف، فمات قبل إيقاع البينة، فلورثته القيام بذلك، ويحدّ لهم القاذف إن أتوا ببينة، ولو لم يقم المقذوف بقذفه حتى مضت سنة، أو أقل أو أكثر، ولم يسمع منه عفو ثم مات، فقام بذلك وارثه، فإن لم يمض من طول الزمان ما يعدّ به المقذوف تاركاً؛ فلورثته القيام، وإن مضى من طول الزمان ما يُرى أنه تارك؛ فلا قيام لهم، فأما لو قام المقذوف نفسه بعد طول الزمان؛ لَحَلَف بالله ما كان تاركاً

---

(1) التهذيب: 4/402.

(2) المشدالي: أشار - والله أعلم - إلى قوله في الرائعة: (أقر البائع بوطئها أو لم يقر، ولم يجحد...) المسألة.

فيقال: إما أن يكون العقد المقتضي للفراش يوجب أن يحمل على الوطء فيلزم أن يرجم هنا وإن لم يعلم منه إقرار، أو يحمل على عدم الوطء فيلزم أن لا مواضعة في مسألة الاستبراء إلا إذا أقر بوطئها، والفرق درء الحد بالشبهة.

لذلك، ولا كان وقوفه إلا أن يقوم بحقه إن بدا له؛ حُدّ له بخلاف ورثته[1].

قوله: **(وأما لو قام المقذوف نفسه...)** المسألة.

ابن هشام: طول الزمان كالثلاثين أو الأربعين سنة يبطل الديون وإن كان أصلها معروفاً، إذا كان من هي له ومن هي عليه حاضرَين لا تبطله[2] هذه المدة، ثم يقوم بعد هذه المدة فيقول من هي عليه: قد قضيتُك ومات شهودي قبل قوله، وكذلك العقود المشهود فيها يمر عليها هذا الزمان.

وانظر مثلَه في سماع أشهب في الوصي إذا ادعى الدفع للأيتام بعد البلوغ والرشد لم يصدق، إلا إذا مضى زمنٌ طويل بحيث تموت فيه بينة الموصي بالدفع فلا يمين عليه[3].

ثم قال - كالمشير إلى المعارضة[4] بقوله في المدونة: **(إن طول الزمان في القذف بالنسبة إلى المقذوف لا يسقطه)**. قال: انظر مسألة القذف هذه.

ثم قال: انظر إذا كان الدين كالئ الصداق[5] ومرت به هذه المدة، وادعى الزوج الدفع، وقال: مات شهودي؛ لم ينفعْه، إلا أن يقيم[6] بينة على الدفع، وإلا غرم بخلاف سائر الديون.

---

(1) التهذيب: 4/403.

(2) في (ش): (يطلبه).

(3) البيان والتحصيل: 13/49-50.

(4) في (ع): (معارضة هذا).

(5) في (ع): (صداق).

(6) قوله: (أن يقيم) ساقط من (ع).

ابن العطار: الذي به سائر[1] القضاء أن[2] لا يبرأ إلا ببينة[3].

وإذا حكم القاضي بشاهدين في مال، ثم تبين أن أحدهما عبد، أو ممن لا تجوز شهادته؛ حلف الطالب مع شاهده الباقي ونفذ الحكم، فإن نكل؛ حلف المطلوب واسترجع المال، وإن شهدا عليه بقطع يد أو رجل عمداً، فاقتص منه، ثم تبين أن أحدهما عبد، أو ممن لا تجوز شهادته؛ لم يكن على متولي القطع شيء، وهذا من خطأ الإمام[4].

قوله: **(ثم تبين أنَّ أحدهما عبد).**

في نوازل سحنون - في حر وعبد شهِدا على شيء، فحكم القاضي بشهادتهما، وجهل العبد، ثم لم يعلم حتى عتق العبد وجازت شهادته، فهل يفسخ حكمه؟ أم يعيد العبد شهادته؟ فيمضي[5] الحكم بشهادته - قال: نعم؛ لأن شهادته أوَّلاً لم ترد فتستوجب الرد اليوم، ولكنها كانت جائزة.

ابن رشد: [70/أ] هذا خلاف ما في سماع أبي زيد أن الحق يرد، ولا يقطع به[6].

---

(1) قوله: (سائر) ساقط من (ع).

(2) قوله: (أن) زيادة من (ع).

(3) انظر: الوثائق والسجلات، لابن العطار، ص: 346.

(4) التهذيب: 4/405.

(5) في (ع): (ويمضي).

(6) البيان والتحصيل: 10/187، 10/230.

وزاد المشدالي بعده: هكذا وجدتُ هذا الكلام في الأصل، وهو ناقص كما ترى، والذي في أصل البيان: "هذا خلاف ما في سماع أبي زيد من الحق يرد ولا يقطع". =

وإذا قالت امرأة: زنيت مع هذا الرجل، وقال الرجل: هي زوجتي، وقد وطئها، أو وجدا في بيت فأقرا بالوطء وادعيا النكاح، فإن لم يأتيا ببينة؛ حُدَّا[1].

قوله: (زوجتي وقد وطئتها).

عورض بمسألة الخاتم، والفرق ظاهر[2].

ومن اشترى حُرَّة، وهو يعلم بها، فأقر أنه وطئها؛ حُدَّ[3].

قوله: (ومن اشترى حرة...) المسألة.

نحوه في عتقها الثاني.

ابن الحاجب: "ونحوه في غصبها، يحد الواطئ العالم، والولد رقيق، ولا نسب له"[4].

ابن عبد السلام: قيَّدَ أهل المذهب هذه المسألة بأن تقوم البينة قبل الوطء

=

ثم قال ابن رشد: ووجه قول سحنون أن شهادة العبد لما لم تُرَدّ أوّلاً لم يتهمه في إعادتها، وما في سماع أبي زيد أظهر؛ لأن الحكم بشهادة العبد مردود، فإن أعاد العبد شهادته بعد عتقه اتهم في أنه يريد إجازة شهادته التي قد وجب ردُّها ونقض الحكم الواقع بها. والله أعلم.

(1) التهذيب: 4/408.

(2) المشدالي: وهو أن الحق هنا هو لله ﷻ، فكان أقوى من مسألة الخاتم التي الحقُّ فيها إنما هو لآدمي.

(3) التهذيب: 4/409.

(4) جامع الأمهات، لابن الحاجب، ص: 618.

على أن الواطئ أقرَّ بعلمه أن الأمة مغصوبة، أو تشهد الآن بينة أنه أقر عندهم قبل الوطء بعلمه.

وأما إن لم يكن إلا مجرد إقراره الآن بأنه وطئ عالماً؛ فقالوا: يُحَدُّ؛ لأجل إقراره بالزنا، ويلحق به الولد، ولا يقبل منه نفيه؛ لأنه تعلق به حقٌّ الله تعالى في قطع النسب.

قلت: وهذا التقييد يصلح ما في مسألة المدونة هذه.

قيل لمالك رحمه الله: فمن شهد بين رجلين في حق، فنسي بعض الشهادة وذكر بعضها؟ فقال: إن لم يذكرها كلها؛ فلا يشهد. قيل له: فرجلان تنازعا في أمر، فأدخلا بينهما رجلين على ألا يشهدا بما سمعا منهما فيتقارران، ثم يفترقان فيتجاحدان؟ قال: فليعذر الشاهدان إليهما ولا يعجلا، فإن تماديا على الجحد؛ فليشهدا عليهما[1].

قوله: (**قيل لمالك**).

اختصرها لعدم المطابقة بين الجواب والسؤال، لأنه سئل عن واقع، فأجاب[2] بأنه لا يفعل، وأنت قد[3] علمتَ أنه لا يلزم من كونه لا يشهد أن تبطل إذا شهِد.

قال شيخنا أبو عبد الله: واختصر الثانية لعدم صحة عموم الجواب، فإن ظاهرَه سواءً كان المشهود عليها والشاهدان بينهما ما يوجب الحشمة أم لا.

(1) التهذيب: 4/412-413.

(2) في (ع): (وأجاب).

(3) قوله: (قد) ساقط من (ع).

ولهذا قيدها بعض شيوخنا بما إذا لم يكن بين الشاهدين والرجلين المتقاربين مداخلة توجب الحشمة والاستحياء، وأما إذا علم[1] ما يوجب ذلك فالصواب للرجلين[2] أن لا يشهدا بينهما؛ لأنهما كالمكرهين في المعنى.

وإن وطئها المولي فيما دون الفرج ولا نية له؛ فعليه الكفارة، ويسقط عنه الإيلاء إذا كفّر؛ لأنه لو كفّر قبل أن يطأ؛ لسقط عنه الإيلاء، فكيف إذا كفّر للإيلاء[3].

قوله: (**ويسقط عنه الإيلاء إذا كَفَّر...**) إلى آخره.

عورض بقوله في الإيلاء: (**إذا حلف بالله واستثنى...**) المسألة.

تقريره أن الإيلاء ملزوم للكفارة فيسقط لسقوطها؛ إعمالاً لانتفاء الملزوم لانتفاء لازمه؛ لأن الاستثناء إما رافع للكفارة أو حل لليمين، وعلى كل تقدير يلزم عدم الإيلاء[4].

---

(1) في (ع): (كان).

(2) قوله: (للرجلين) زيادة من (ع).

(3) التهذيب: 420/4.

(4) المشدالي: أشار إلى قوله في الإيلاء: (وإن حلف بالله أن لا يطأ واستثنى، فراءه مالكٌ مولياً، وقال غيره: لا يكون مولياً).

المشدالي: قال بعض المتأخرين: أقيم من هٰهنا فائدة كون الاستثناء حلاً لليمين أو رفعاً للكفارة.

المشدالي: يريد بأن قول مالك: (إنه مولٍ) مبنيٌّ على أن الاستثناء رفعٌ للكفارة، وقول الغير مبني على أنه حلٌّ لليمين.

فقول الوانوغي: وعلى التقديرين يلزم عدم الإيلاء ظاهر؛ لما ذكر من أن نفي اللازم يستلزم نفي الملزوم، لكن هذا مع تحقق اللازم، أما مع الاحتمال فلا، وهو في مسألة =

قيل: فإن شهد أربعة على رجل بالزنا، فقالوا: تعمدنا النظر إليهما لتثبت الشهادة؟ فقال: وكيف يشهد الشهود إلا كذا[1].

قوله: **(قيل: فإن شهد أربعة)**.

=

الإيلاء يحتمل أن يكون قصد الاستثناء المقتضي حل اليمين أو رفع الكفارة، ويحتمل أن يكون قصد به التبرك على مقتضى قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولَنَّ لِشَاْىۡءٍ﴾ الآية.
وعلى هذا الاحتمال الثاني يكون مولياً قطعاً؛ إذ اللازم غير منتف، وحق المرأة قد ظهر ثبوته فلا يسقط إلا بالأمر البيّن لا بأمر محتمل، لا يقال: يلزم مثله فيما إذا كفَّر لاحتمال أن يكون كفَّر عن يمين أخرى سبقت منه؛ لأننا نقول: الكفارة تُحِل اليمين حقيقةً بخلاف الإستثناء، فإنه محتمل - كما تقدم - والأصل عدم يمين أخرى فبعُد الاحتمال هنا، فكان مرجوحاً، فوجب طرحه والعمل بمقتضى الظاهر، وتصديق الحالف في ذلك.
وما قررناه هنا مستفاد من كلام ابن محرز وابن يونس وغيرهما. فانظره.
المشدالي: وعورضت أيضاً بمسألة المولي إذا وطيء بين الفخذين، فإنه قال في المدونة: (تجب عليه الكفارة ولم يزل مولياً).
فيقال أيضاً في تقرير المعارضة: يجب أن لا يكون مولياً؛ لانحلال اليمين عنه بحنثه بالوطء بين الفخذين، ولذلك أوجب عليه الكفارة.
والجواب - أيضاً - أن يقال: يحتمل أن يكون عقد يمينه على الوطء في الفرج، فيكون وطؤه بين الفخذين لا يحل يمينه، فلم يزل مولياً على هذا التقدير، فلا يسقط ما ثبت من حق المرأة بحسب الظاهر بأمر فيه احتمال، إلا إذا كفَّر، فحينئذ ينحل عنه الإيلاء على ما أشار إليه أبو الحسن مِن أنَّ ما في هذا الكتاب يبين مسألة الوطء الواقعة في كتاب الإيلاء.
انظر ابن يونس.

(1) التهذيب: 4/420.

اختصرها لاشتمالها على إشكال، وهو أن يقال: قد قرر تقي الدين في شرح العمدة، وتبعه القرافيُّ؛ أن وسيلة المحرم محرمة، فالنظر لتحصيل الشهادة حرام والتعمد كذلك، ولا جرحة أكبر من هذا، فلا تصح هذه الشهادة[1].

فأشار في المدونة إلى تسليم هذا الاعتراض، وأجاب بما يصح أن يقرر بوجهين:

أحدهما أن تحمُّل هذه الشهادة على هذا الوصف دعت إليه ضرورة، فصار كنظر الطبيب ونحوه.

الثاني أن يُقال: إن هذا من باب ما لا يتوصل إلى الواجب إلا به؛ فاغتفر لذلك.

فإن قلتَ: قوله: **(كيف يشهد الشهود إلا هكذا)**، كأنه أخذ قضية ضروريةً؛ أي أن التعمد ذاتيٌّ[2] لتحمل الشهود، فأين الاتفاقية؟

قلت: الفجائية لا تحصِّل[3] حقيقة الصفة وكذا الاتفاقية، ولو حصل ابتداءُ الرؤية على سبيل الاتفاق أو الفجاءة فلا بد من تحقيق صفة الفعل، فاضطر حينئذ إلى العمل، فصدق[4] ما قال في المدونة من الاحتياج إلى التعمُّد.

وقد علمت ما في شهادات المختصر[5].

---

(1) الذخيرة: 1/153-154.

(2) قوله: (أن التعمد ذاتي) يقابله في (ش): (العدد أتى).

(3) قوله (تحصِّل) يقابله في (ع): (يحصل منها).

(4) في (ش): (بصدق).

(5) المشدالي: لعله أراد قضية المغيرة؛ فلنأت بها ثم نردفها بالسؤال والجواب اللذيْن أشار إليهما في المختصر عقِب قضية المغيرة.

=

قال ابن عرفة: قال الطبري ما حاصل المحتاج لذكره: إنَّ المغيرة كان على البصرة والياً، وله مشرفة تقابل مشرفة لأبي بكرة لكل منهما كوَّة تقابل كوَّة الآخر، فكان مع أبي بكرة في مشرفته نافع بن كلدة وشِبْل بن معبد وزياد أخوا أبي بكرة لأمِّه يتحدثون، فصفقت الريح باب كُوَّته، فقام ليصفقها فبصر بالمغيرة بين رجليْ امرأة توسطها، فقال للنفر: "قوموا انظروا واشهدوا"، فنظروا فقالوا: مَنْ هذه؟ قال: أم جميل بنت الأفقم كانت تغشى المغيرة وأشراف الأمراء، فلما تقدم المغيرة للصلاة منعه أبو بكرة، وبلغ الأمر عمر، فأشخصهم، وبعث أبا موسى والياً على البصرة، فلما حضروه قال المغيرة: "يا أمير المؤمنين سل هؤلاء الأعبُد كيف رأوْني؟ وهل عرفوا المرأة؟ فإن كانوا مستقبليَّ فكيف لم أستتر؟ وإن كانوا مستدبرِيَّ فبأي شيء استحلوا النظر إليّ على امرأتي، وو الله ما كانت إلا زوجتي، وهي تشبهها".

فبدأ عمر بأبي بكرة فشهد أنه رآه بين رجلي أم جميل، وهو يُدخله ويُخرجه كالميل في المُكْحُلة، قال: كيف رأيتهما؟

قال: مستدبرهما، قال: كيف استبنت رأسها؟ قال: تحاملت حتى رأيتها.

ثم شهد شبل ونافع كذلك، وشهد زياد بأن قال: رأيته بين رجلي امرأة وقدماها مخضوبتان يخفقان واستين مكشوفتين وسمعت حفزانا شديداً. قال: هل رأيت كالميل في المُكْحُلة؟

قال: لا. قال: هل تعرف المرأة؟ قال: لا ولكن أشبِّهُها. قال له: تنحَّ وأمر بالثلاثة فجُلِدوا، وتلا قوله تعالى: ﴿فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ﴾ الآية [النور: 13].

فقال المغيرة: "اشفني من الأعبُد يا أمير المؤمنين"، فقال له: "اسكُتْ أَسكَتَ الله نأمتك، والله لو تمت الشهادة لرميتك بأحجارك"، وردّ عمر شهادتهم، ثم استتابهم فتاب نافعٌ وشِبْل - فقبل شهادتهما - وأبى أبو بكرة؛ روي أنه قال له: "تُب! وأقبَلُ شهادتَك"، فأبى وكرَّر شهادته.

وإلى هذه الإباية أشار الفهري في مسألة الإجماع السكوتى في شرح المعالم بقوله: كقول علي لعمر لما رأى جلد أبي بكرة: "إن جلدتَه فارجم صاحبك".

فكان شيخنا ابن عبد السلام يستشكل صحة الملازمة في قول عليّ مع قبوله عمر،

=

ويحكي استشكالها عن شيخه أبي الحسن البوذري، وكانت له مشاركة حسنه في الأصلين، ولم يجيبا بشيء.

وكان يجري لنا جوابه بأن يقال: القذف الموجب للحد قسمان:

قذفٌ صدر على وجه التنقيص للمقذوف، وقذفٌ صدر على وجه شهادة لم تتم، وهو الواقع في الثلاثة، فلما كرَّر أبو بكرة شهادته أراد عمر جلده للقذف بقوله هذا، فقال له علي: "إن جلدتَه فارجم صاحبك"، أي" إن أردتَّ جلده لزم إرادتك ذلك رجم صاحبك؛ لأن إرادة جلده إما أن يكون لسابق شهادته من حيث كونه أحد الثلاثة، أو لشهادته لا من حيث كونه أحدهم، فإن كان الأول لم يحدَّ؛ لأنه قد حُدَّ لها، وإن كان الثاني لزم كونه زائداً على الثلاثة، وكل ما كان زائدا عليها كان رابعاً، وكل ما كان رابعاً لزم تمام النصاب فيجب حد المغيرة.

وهذا التقرير يدل على صحة قول ابن الماجشون بصحة افتراق بينة الزنا في الأداء، وأن تمام النصاب بمن يجب قبوله ولو بعد حد من لم يكمل النصاب به، يوجب حد المشهود عليه، وتقدم ذكر الخلاف فيه.

كتاب القذف

كتاب[1] القذف

وإن حملت والواطيء مليء؛ فلا بد أن تقوم عليه يوم حملت، ولا شيء عليه من قيمة ولده، وتكون له أم ولد[2].

قوله: (والواطيء مليء).

فيه إشكال؛ وذلك أنَّ الولد إما أن يكون نشأ على ملكه، فيلزم أن لا يلزمه فيه قيمة نصفه في العسر، أوْ لا فيلزم أن يؤدي قيمته إذا كان ملياًّ.

ونحوه في أمهات الأولاد.

ومن أسلم، ثم أقر أنه زنى في حال كفره؛ لم يحد؛ لأن ذلك زنا لا حد فيه[3].

قوله: (ومن أسلم ثم أقر أنه زنى في كفره).

ظاهرُه: ولو مضى من وقت إسلامه إلى إقراره ما يمكن فيه صدور الزنا منه.

وهو كذلك؛ لأن قصاراه ثبوته بإقراره فيه، فيعَدُّ رجوعاً، ورجوعه عامل.

---

(1) قوله: (كتاب) زيادة من (ع).

(2) التهذيب: 4/468.

(3) التهذيب: 4/474.

وكل حدٍّ لله، أو قصاص اجتمع مع قتل، فالقتل يأتي على ذلك كله، إلا حد القذف؛ فإنه يقام عليه قبل القتل، وذلك لحجة المقذوف من لحوق عار القذف به إن لم يحد له[1].

قوله: (وكل حدٍّ لله تعالى).

هذه الكلية منقوضةٌ بقوله بعده: (إذا قذف حربيٌّ مسلماً فأسلم أو أسر لا يحدُّ للقذف)[2]، وعلَّله بسقوط القتل.

فلو لم يندرج فيه لما سقط بسقوطه، وفي هذه الكلية لم يسقط فلم يندرج، فأدرجه هناك، بخلاف هنا، وهما حدَّان.

قوله: (إلا حد القذف).

ابن عرفة: وكذا عندي حدُّ الخمر؛ لقياس الصحابة له على القذف.

قوله: (في لحوق العار).

منقوضٌ بقوله بعدَه في قذف الجماعة: (ولو افترقت أمكنتهم يكفي حدٌّ واحدٌ، ولحوق المعرة قائم إذا قام به أحدهم والآخر غائب وقدِم).

وكل ما لا يقام فيه الحد؛ فليس على من رمى رجلاً بذلك حدُّ الفرية[3].

قوله: (وكل ما لا يقام فيه الحد).

---

(1) التهذيب: 4/475.

(2) التهذيب: 4/485.

(3) التهذيب: 4/477.

نوقض بالجُنون؛ فإنه لا يقام فيه حد، ومن رمى رجلا به حُدَّ.

وأجيب بجوابين:

إما أن يقال: المجنون الذي لا يسقط عنه الحد هو الجامع[1]، ومن لا يعتبر[2] الأوقات[3].

أو يقال: المرادُ ما لا يقام، أي لا يثبت أصلاً، وهو الجواب في قذف الصبيَّة؛ فإنه يحدُّ ويدرأ عنها.

وأجيب عما في قذف جماعة بأن حدَّه لواحد يوضح كذبه ويظهر معرته، وذلك محصولُ قصْدِ كل واحد، فلم تتكرر المعرة.

ومن قذف جماعة في مجلس، أو مفترقين في مجالس شتى؛ فعليه حدٌّ واحدٌ[4].

قوله: **(ومن قذف جماعة)**.

انظر ما خرَّج الأبهري، وابن رشد في المقدمات، وابن عبد السلام من قذف زوجاته الأربعة على ما هنا[5].

---

(1) في (ع): (العامج)، وكتب في الهامش: (الطافح)، وأشار إلى أنها نسخة.

(2) في (ع): (فيعتبر).

(3) المشدالي: هو معنى قول ابن عرفة، ويجاب: بحمل قولها في الرجم على الذي يُفيق أحيانا.

(4) التهذيب: 4/479.

(5) انظر: المقدمات والممهدات، لابن رشد: 1/341.

وزاد المشدالي بعده: قال ابن عرفة: في كتاب اللعان ما نصه: ابن عبد السلام: انظر لو قذف زوجاتِه الأربع، أو نفى أولادهن، هل يلاعن لعاناً واحداً لجميعهن كحدِّه =

ومن عفا عن قاذفه قبل بلوغ الإمام، ولم يكتب عليه بذلك كتاباً؛ فلا قيام له بعد ذلك[1].

قوله: (ولم يكتب بذلك كتاباً).

المغربي: يحتمل لم يكتب على القاذف على أنه متى شاء قام[2] بحقه، فيكون مفهومه مثل ما في الرجم[3].

=

للأجنبيات في القذف حداً واحداً؟

قلت: في المقدمات: اختلف فيمن قذف أربع نسوة له في كلمة واحدة.

فقال أبو بكر الأبهري: لا أعرفها منصوصةً، ومقتضى مذهبنا أن يلاعن لكل واحدة؛ لأن اللعان بمنزلة الشهادة، ولو أتى بالشهود لزم أن يقيم الشهادة على كل واحدة منهن منفردة، ويحتمل أن يجزئه لعانٌ واحدٌ كقذفه جماعة في كلمة واحدة، ولو ظاهَرَ منهن بكلمة واحدة تجزئه كفارة واحدة.

ثم قال: حكى الاصطخري عن إسماعيل أن جماعة ادعت على رجل ديناً فحلَّفه لهم يميناً واحدةً، فعليه يُكتفى بلعانٍ واحدٍ لهن.

قلت: في قوله: "لزم أن يقيم الشهادة على كل واحدة" نظرٌ؛ لأن ظاهر المذهب أن البينة إذا قالت: نشهد برؤية زنا فلانة وفلانة - ووصفتْ كما يجب - فإنها تامة، وهذا هو معنى لعان واحد، أن يقول الزوج: "أشهد بالله الذي لا إله إلا هو لقد رأيت فلانة وفلانة تزنيان"، ويصف كما يجب.

وتتخرج المسألة على الخلاف في تعداد الصيعان في تعدد المصرَّات.

ويأتي لابن القاسم فيمن قذف زوجتيه فقامت إحداهما، ما ظاهره أن لعاناً واحداً يكفيه.

المشدالي: وحكى في المدارك عن أحمد بن داود الصواف أنه قال: لعان واحد يجزيه.

(1) التهذيب: 4/479.

(2) في (ش): (قال).

(3) المشدالي: والذي في كتاب الرجم هو قوله فيه: فإن عفي عنه على أنه متى شاء قام =

أو معناه: لم يكتب القاذف على المقذوف كتاباً بالعفو، فيكون مفهومه لو كتب لكان أحرى ألا يقوم[1].

الشيخ: وهذا هو الظاهر؛ لأنه إن عَفا فسواء كتب قبل ذلك كتاباً أم لا قد أسقط حقه، ولو كتب على أنه يقوم متى شاء، فليس بعفو حقيقةً، وإنما هو تأخير[2]، والظاهر مِنْ نقْل ابن يونس الأول.

وإذا شهد رجل على رجل بشرب الخمر أو بالزنا، وقال للقاضي: أنا آتيك بشهود على ذلك، فإن ادعى أمراً قريباً في الحضر؛ حُبس هو والمشهود عليه، ولا يؤخذ في هذا كفيل، وقيل له: ابعث إلى من يشهد معك، فإن أتى بمن يشهد معه؛ أقيم على المشهود عليه الحد في الخمر، وإن لم يأت به، أو ادعى شهادة بعيدة؛ لم ينتظر ونُكّل[3].

قوله: **(أنا آتيك بالشهود).**

ظاهره بالنصاب.

وقوله بعده: **(يشهد معه)**، ظاهره عدم النصاب.

الشيخ: فيحتمل الأول من كلام السائل؛ لأنه توهَّم أنه يجب عليه نصابٌ

=

بحده وكتب عليه بذلك كتاباً وأشهد على ذلك فذلك له متى قام به فإن مات كان لولده أن يقوم عليه بذلك الكتاب. انتهى.

(1) في (ع): (قيام).

وزاد المشدالي بعده: فيكون من باب مفهوم الموافقة، وعلى الاحتمال الأول يكون من مفهوم المخالفة.

(2) في (ع): (تأخر).

(3) التهذيب: 4/480-481.

سواه، ففسر له السؤال بـ "إنْ أتيت بمن يشهد معك"، وإن كان السائل [70/ب] ممن لا يتوهم فيحمل قوله: (الشهود) يعنى في صورة الزنا وفي صورة الخمر؛ أي: بمن تكمل به الشهادة معه.

ومن قال لأجنبية: زنيتِ وأنت صبيَّةٌ، أو زنيتِ وأنت نصرانيَّة، أو قال ذلك لرجل؛ فعليه الحد؛ لأنه لا يخلو أن يكون قاذفاً أو معرِّضاً، وكذلك لو قال لهما: رأيتكما تزنيان في حال الصبا، أو في حال كفر تقدم، أو قذفهما بالزنا قذفاً، ثم أقام بينة أنهما زنيا في حال الصبا، أو في حال كفر تقدم منهما؛ لم ينفعه ذلك ويحد؛ لأن هذا لا يقع عليه اسم زنا[1].

قوله: (**لا يخلو...**) إلى آخره.

أي: قاذف باللفظ الأول، ومعرِّضٌ بقوله: (**وأنت صبية**)، يحتمل أن يريد رفع ما أثبته من[2] الحد.

قوله: (**رأيتكما تزنيان في حال الصبا...**) إلى آخره.

عارضه بعضُهم بقوله بعده: (**وأنت مكرهة**)؛ لأن قوله أوَّلاً: (**لأن هذا لا يقع عليه اسم الزنا**) يلزم على مقتضى هذه العلة في الثانية؛ لأن وصف الإكراه لا يقع معه اسم الزنا.

وأشار في المدونة إلى الفرق بينهما بما حاصِله أن أحدهما لما استحالت[3]

---

(1) التهذيب: 4/482.

(2) في (ع): (في).

(3) قوله: (لما استحالت) يقابله في (ع): (كما استحال).

فيه الخبرية صرفت فيه إلى الإنشائية، بخلاف الآخر.

وإذا قذف حربيٌّ في دار الحرب مسلماً، ثم أسلم الحربي بعد ذلك أو أسر فصار عبداً؛ لم يحد للقذف، ألا ترى أن القتل موضوع عنه[1].

قوله: **(ألا ترى أن القتل موضوعٌ)**.

مقتضى هذا التعليل: لو لم يكن القتل موضوعاً، واجتهد فيه؛ لرأى قتله لمَّا أتى به من بلد الحرب أن يحد للقذف.

وظاهر نصوصهم: "لا حد عليه"؛ إذ لا شيء من الحربي بمكلف، والحد تكليف، ولذا سقط عمن لم يبلغ.

ومن قال لرجل: ما أنا بزان، أو قال: قد أخبرت أنك زان حُدَّ؛ لأن في التعريض الحدُّ كاملاً[2].

قوله: **(لأن في التعريض الحد)**.

قلتُ: قال ابن رشد في سماع عيسى: ومن حمل إلى رجل كتاباً من عند رجل، وفيه يا ابن الفاعلة، فدفعه إليه، فإن كان يَعرِف ما فيه حد، وهو أشد من التعريض[3]. انظره[4].

---

(1) التهذيب: 4/485.

(2) التهذيب: 4/488.

(3) البيان والتحصيل، لابن رشد: 16/305.

(4) المشدالي: قال في أول السماع: من قال لعبده أو لأجنبي: اذهب لفلان فقل له: إنَّ فلاناً يقول لك: يابن الفاعلة، فذهب فقال له.

قال: إن قامت البينة على أنه أمره بذلك حُد الآمر دون المأمور، وإلا حُد المبلِّغ. =

قلتُ: وفيه نظر.

وإن قال لرجل: لست ابن فلان – لجَدِّه – وقال: أردت أنك لست ابنه لصلبه؛ لأن دونه لك أب؛ لم يصدق وعليه الحد، كان جده مسلماً أو كافراً[1].

قوله: (**لست ابن فلان ل- جَدِّه - وقال: أردت أنك لست ابنه لصلبه...**) المسألة.

عورض بقوله في الرجم: (**أردتُّ جَدةً من جداته...**) المسألة[2].

تقرير الاعتراض أن يقال: تخصيص بعض ما يتناوله[3] اللفظ؛ إما أن يقبل تفسيره فيلزم أن لا يحد هنا، أوْ لا فيلزم الحد هناك[4].

=

ابن رشد: إن لم تقم بينة على أنه أمره فلا خلاف في أن المأمور يحد، وأما إن أقر الآمر، أو قامت عليه بينة بالأمر، فاختلف في حد المأمور؛ فقال هنا: لا يحد، وقال الأخوان: يحد؛ لأنه قد قاله له، وذلك أشد من التعريض، وكذلك إن جاء من عنده بكتاب وهو يعرف ما فيه.

ومثله في الموازية، قال: ومَن حمل إلى رجل كتاباً مِن رجلٍ وفيه "يا ابن الفاعلة"، فدفعه إليه، فإن كان يعرف ما فيه حُدَّ وهو أشد من التعريض، وأما إن قال لرجل: إن فلاناً يزعم أنك زانٍ، فإن قالها في مشاتمةٍ أو مخاصمةٍ حُدَّ، وإن أقام بينة على قول فلان، وإن قاله مخبراً فلا حد عليه إن أتى ببينة على قول فلان، قاله ابن الماجشون. ولا خلاف في هذا.

(1) التهذيب: 4/489.

(2) التهذيب: 4/404.

(3) في (ع): (تناوله).

(4) في (ع): (هنا).

ولا يصح الجواب بكون النكرة في سياق النفي؛ لأن **(فلاناً)** معرفة أضيف إليها **(ابن)**[1].

وفي العتبية: سئل مالك عن الرجل يجحد نسب رجل أنه أخوه؟

فقال: ينبغي للقاضي أن يسأله، فإن أنكر وجحد، ثم ثبت ذلك ببينة؛ أُخِذ له بحقه، ولا عقوبة على هذا في إنكاره.

ابن رشد: رأيتُ لابن دحُّون في هذه المسألة أنه قال فيها: إنما يسقط الحد عن الأخ المنكِر؛ لأنه لم يقصد قصدَ القذف، وإنما دفعه عن مال، فكأنه قال: ليس لك معي[2] في هذا المال حق، وليس هذا بصحيح.

وإنما معنى المسألة أنه قال ذلك في أخ طرأ عليه، لم يكن مقراً به قبل ذلك، فلذلك قال: "إنَّه[3] لا عقوبة عليه في إنكاره".

وأما لو جحد نسب أخٍ كان مقراً به قبل ذلك لحد - وكذا قال محمد - وقد قال في الكتاب[4]: **(من قال لرجل: لست أعرف أباك، وهو يعرفه؛ فعليه الحدُّ)**[5].

---

(1) المشدالي: لكنه في قوة قوله: "لا بنوة لك عند فلان"، فهو في حكم النكرة في سياق النفي، وهي ظاهرة في العموم، فلم يصدَّق فيما ادَّعاه من التخصيص؛ لخروجه بدعواه عن الظاهر المقتضي وجوب الحد عليه لغيره، بخلاف مسألة الرجم فيما ذكر، فلذلك صُدِّق فيها على الشريطه المذكورة. والله أعلم.

(2) قوله: (معي) زيادة من (ع).

(3) قوله: (إنه) ساقط من (ع).

(4) في (ع): (المدونة إن).

(5) البيان والتحصيل، لابن رشد: 9/234.

قلتُ: لا أعرف هذه بعينها في البراذعي.

وفي سماع أبي زيد: ومن قال لرجل في مشاتمة: "لا أعرف أباك" وهو يعرفه ضرب الحدَّ ثمانين.

هذا واضح؛ لأنه نفى أباه فقد قطع نسبه.

وكذا لو قالت امرأة لابنها: "لستَ ابن أبيك"، حُدَّت.

وإذا قالته في غير مشاتمة أشبه قولَ رجل لولده[1]: "ما أنت لي بابنٍ" في عصيانه إياه[2].

ابن محرز: لو عرَّض لولده بقذف لم يُحَدّ؛ لبُعد التهمة في ولده[3].

ونقله عنه أيضاً صاحب الطرر. ولم يتعقبه.

وإذا نظرت امرأة إلى رجل فقالت: ابني، ومثله يولد لمثلها، فصدَّقَها؛ لم يثبت نسبه منها، إذ ليس ههنا أبٌ يلحق به[4].

قوله: **(أن ليس هٰهنا أبٌ يلحق به...)** المسألة[5].

يصح تقريره بوجهين:

أحدهما أن يقال: من لوازم الأمومة الأبوة، فلا أب هٰهنا، ولا[6] أم.

---

(1) قوله: (رجل لولده) يقابله في (ع): (الرجل في ولده).

(2) في (ع): (إياها)، البيان والتحصيل: 16/344-345.

(3) نقل المسألة ابن شاس في: عقد الجواهر: 2/568.

(4) التهذيب: 4/495.

(5) قوله: (المسألة) زيادة من (ع).

(6) في (ع): (فلا).

واعترُض باللعان والسفاح.

فأجيب بمنع انتفائه في اللعان؛ ولذا صح استلحاقه، ولو لم يكن هناك أبٌ شرعي لما صح الاستلحاق.

وردَّ بأنَّ صحة الأبوة متأخرة عن الاستلحاق.

الوجه الثاني: أن الاستلحاق إنما يصح من الأب، ولا أب هنا فلا استلحاق لها.

ومن قال لرجل: يا ابن الأقطع، أو المقعد، أو الأعمى، أو الأحمر، أو الأزرق، أو الأصهب، أو الآدم، فإن لم يكن أحد من آبائه كذلك؛ جُلد الحدَّ[1].

قوله: **(يا ابن الأقطع...)** المسألة.

قلتُ: أثبت هنا جوابين رأيتُهما لشيخنا أبي عبد الله بن عرفة، يتأسَّى بهما اللبيب الفاضل:

الجواب الأول: سئل عن رجل مِن طلبة العلم تزوج شريفةً من جهة الأب مشهورة النسب بالشرف، فوقع بينه وبينها منازعة، فقيل له على جهة النصح: تفعل هذا بشريفة من أهل رسول الله ﷺ! فقال له الزوج: هي شريفة النسب وأنا شريف الحسب، أنا أحسن منها، وأبي أحسن من أبيها، وجدي أحسن من جدها، وبلدي أحسن من بلدها.

فقام عليه وكيلُ المرأة، وأقام عليه[2] بينة بمقالته، واعترف في مجلس

---

(1) التهذيب: 4/495.

(2) قوله: (عليه) زيادة من (ع).

الحكم بذلك، وقال: نعم "أنا قلت"، فسئل عما أراد بقوله، فقال: "إن أبي كان خطيباً، وجدي كذلك، وأبوها وجدها ليسا كذلك"، فهل يقبل منه هذا التفسير؟ أم لا؟ وما يلزمه؟

أجاب بما نصُّه: لا أعرف هذه النازلة منصوصةً، ومقتضى المذهب عندي أدبُ القائل بقدر جُرأته، أو كون ذلك منه لتعوده، ولا يجب قتلُه.

ودليل عدم وجوبه قائمٌ من المدونة، من قوله في كتاب القذف: (... **يا ابن الأقطع؛ حُدَّ إلا أن يكون في آبائه أقطع**).

وتقرير القياس في هذه المسألة أن قوله[1]: (**يا ابن الأقطع**) موجبٌ - ظاهراً[2]- حدَّ قائله؛ لاشتماله على قطع نسب المقول له ذلك.

فألغى مالك رحمه الله إيجابه ذلك باحتمال صدق اللفظ على أبٍ لا يوجب صِدقُه عليه تلك العقوبة.

فكذا قول القائل المذكور: "جدي أحسن من جدك"، موجِبٌ[3] ظاهرُه قتل قائله؛ لاشتماله على التنقيص[4] الموجب ذلك، فيجب إلغاء إيجابه ذلك؛ لاحتمال صدق لفظه على جد[5] لا يوجب صدقه عليه قتله[6].

والاحتمال في النازلة المذكورة ظاهرٌ بما بيَّنه من خَطابة جدِّه دون جدِّها،

---

(1) قوله: (أن قوله) ساقط من (ع).

(2) في (ع): (ظاهر).

(3) في (ع): (يوجب).

(4) في (ش): (النقص).

(5) في (ش): (حد).

(6) في (ع): (قبله).

إن كان في قوله ذلك صادقاً.

ودليل أدبه واضحٌ، فلا نطوِّل به. والله أعلم. اهـ.

الجواب الثاني: سئل عن رجلين وقعت بينهما مشاجرة، ثم أتى أحدهما مجلس قاضي الموضع أعزه الله، فادعى أن غريمه المذكور سبَّ أباه، فرغب في ذلك، فصفح عن غريمه المذكور، ثم قال كلاماً نصه: إنما عزَّ عليَّ سبه لوالدي وإلا أسابوا الأنبياء. هذا نص قوله، ثم أنكر مقالته، ولم يحضر المجلس المذكور غير القاضي [71/أ] المشار إليه وشاهد آخر عدل، فاستوعب مقالته المذكورة، فما ترونه في المسألة يقع به العمل إن شاء الله؟

فأجاب: الحمد لله وحده، الواجب في ذلك[1] تأديب القائل المذكور بحسب اجتهاد القاضي، بمقتضى كثرة[2] جرأة القائل وقلة جرأته؛ إن كان ذا جرأة فليضرب نحو أربعين سوطاً، وإن لم يكن من أهل الجرأة فيكفي فيه سجنٍ شهرين، ونحوهما، وهذا كله استحسان، والمقدم في ذلك هو ما يظهر لحاكم الموضع. اهـ[3].

ومن قذف رجلاً ثم ارتد القاذف، أو قذف وهو مرتد؛ فإنه يُحدُّ؛ أقام على ردته، أو رجع إلى الإسلام[4].

قوله: **(ومن قذف رجلاً ثم ارتد القاذف...)** إلى آخره.

---

(1) قوله: (في ذلك) زيادة من (ع).

(2) قوله: (كثرة) زيادة من (ع).

(3) انظر المسألة في: المعيار المعرب، للونشريسي: 2/379.

(4) التهذيب: 4/498.

تقرير معارضتها لمسألة[1] الحربي المتقدمة أن يقال: الكافر قذف مسلماً، فسقط القتل، فيسقط ما اندرج فيه - وهو القذف هنا - كما سقط هناك، والجامع بينهما أنه قذْفٌ صدر من كافرٍ، وهو الآن مسلم.

والفرق لحُوق المعرة هنا وضعفها هناك؛ لكونها انضاف إليها عداوة الدين، فلا يغير ما صدر عنه، بخلاف هذه؛ فإنه في قوة المسلم.

مسألة: في تعليقة القابسي ما نصُّه: رأيتُ على ظهر كتاب المحاضِر والسجلات تأليف الطبري، قال أبو جعفر الطبري: سئل ابن أبي ليلى عمن قذف الحورَ العين؟

فقال: حدُّه ضربةٌ بالسيف.



(1) قوله: (معارضتها لمسألة) يقابله في (ع): (معارضة هذه المسألة مسألة).

كتاب الأشربة

كتاب الأشربة

ولا بأس بأكل الخبز بالنبيذ؛ لأن الخبز ليس بشراب. قيل: فهل ينقع في نبيذه الخبز، ويدعه يوماً أو يومين، ثم يشربه قبل أن يسكر؟ قال: هذا مثل ما أعلمتك من الجذيذة، وشبه ذلك أن مالكاً كرهه في قوله الآخر[1].

قوله: (**فهل ينقع**).

اختصرها لإشكال الجواب؛ لأنه أحال[2] على ما لم يتقدم له ذكر، ولا عُلِم حكمه.

ولا ينتبذ في الدباء والمزفت، قيل: أليس نهى النبي ﷺ عن الظروف، ثم وسع فيها؟ قال: قال مالك رحمه الله: قد ثبت نهي النبي عليه السلام عن الدباء[3].

قوله: (**قيل: أليس**).

---

(1) التهذيب: 4/502.

(2) في (ع): (إحالة).

(3) التهذيب: 4/502.

والحديث متفق عليه: أخرجه البخاري، كتاب الخمس، باب أداء الخمس من الدين: 3/1128، برقم (2928)، ومسلم، في كتاب الإيمان، باب الأمر بالأيمان بالله تعالى ورسوله ﷺ وشرائع الدين: 1/46، برقم (25).

اختصرها لعدم مطابقة السؤال الجواب؛ لأن السؤال قرَّر فيه السائل الإباحة والتوسعة بعد الحظر، والإباحة والتوسعة[1] في ظاهر الحديث عموماً في الأواني، فأجابَ بالبعض.

ابن الهندي: والفرق بين ما فيه الحيتان كرِهَه مالك، والخمر المخللة؛ أنه في الأولى أن[2] الحيتان وعاء للخمر كأنه قائم فيها فحرم، والثاني: انقَلَبَ لحالةٍ فقد منها علَّة التحريم، وهي الإسكار.



(1) قوله: (بعد الحظر والإباحة والتوسعة) زيادة من (ع).

(2) قوله: (أن) زيادة من (ع).

كتاب الجنايات



كتاب الجنايات

قال شيخنا أبو عبد الله: الجناية تطلق بإزاء مفهوم عام وخاص.

فالعام: كل من أتلف شيئاً؛ سواء كان الجاني والمجني عليه حرَّين مسلمين بالغين عاقلين ذكرين[1] أو لا، أو مختلفين.

والخاص: وهو المقصود بأكثر أحكام هذا الكتاب.

ورسمها بعض شيوخنا: بإتلاف ذي رقٍّ دماً أو مالاً بغير إذن.

والقسم الثاني من تقسيم عياض ليس بجارٍ على القياس، والمشهور من المذهب من عدم عذر الجاهل بالحكم.

قلت - وصوَّبه -: تقرير إشكال قول ابن القاسم في صدر هذا الباب أن يقال: الجناية إن كانت في رقبة العبد فيلزم قول الغير بالجبر في الاشتراك في العبد؛ لعدم صحة فعل السيد مع العافي، وإن كانت في ذمة السيد لزم جبره على دفع نصيب الغير العافي.

وإذا قتل عبد رجلاً له وليان، فعفا أحدهما، ثم قال: عفوت ليكون لي نصف العبد؛ لم يصدق إلا أن يأتي بدليل[2].

قوله: **(ليكون لي نصف العبد)**.

---

(1) قوله: (ذكرين) ساقط من (ع).

(2) التهذيب: 4/507.

عورض بمسألة العاريَّة[1]؛ وفي كليهما ادعي عليه المعروف وهو ينكره.

والفرق أن الحق هنا بالأصالة القصاص، ولما أسقطه وهو ليس بمتمول؛ فمدعي العفو على غير مال ادعى ما يشبه من إرسال ما ليس بمتمول على غير مال.

قلت: ولقائل أن يقول: هذا الفرق إنما يصح لو كانت المسألة في العمد نصاً، وظاهر المدونة: **(عمداً أو خطأ)**[2]، وقد تقرر أن الخطأ مال، فمدعي المعاوضة فيه مدع للأصل.

ومن جنى عبدُه جناية، فقال: أبيعه، وأدفع الأرش من ثمنه؛ فليس له ذلك إلا أن يضمن وهو ثقة مأمون، أو يأتي بضامن ثقة فيؤخر اليومين ونحوهما، وإلا فداه أو أسلمه، فإن باعه، ودفع إلى المجني عليه دية الجرح؛ جاز بيعه، وإلا لم يجز[3].

قوله: **(إلا أن يضمن وهو ثقة مأمون)**.

قلتُ: الذي - قاله المغاربة - هنا أنه في سماع أبي زيد؛ نصُّه: فيمن عليه دين وله مالٌ غائبٌ يعلم غرماؤه ذلك، فقالوا له: اعطنا حميلاً حتى يقدم

---

(1) المشدالي: مسألة العارية التي عورض بها هي - والله أعلم - قوله في آخر كتاب العاريَّة: (ومن ركب دابة رجلٍ إلى بلدٍ، وادعى أنه أعاره إياها، وقال ربها: بل أكريتها منه، فالقول قول ربها إلا أن يكون مثله لا يكري الدواب؛ لشرفه وقدره).

(2) المشدالي: فيما زعمه من أنَّ ظاهر المدونة عمداً أو خطأ نظرٌ بيِّنٌ فتأمله.

(3) التهذيب: 4/507 - 508.

مالُك، قال: ليس لهم ذلك إلا أن يخافوا عليه أن يهرب أو يغيب عنهم.

ابن رشد: كان ابنُ عتَّابٍ يضعِّف هذه الرواية، وأنها خارجةٌ عن الأصول، وأنَّ الصواب أن يلزمه حميل بالمال إذا سأل أن يؤخر بما عليه حتى يأتي به إذا رأى القاضي ذلك نظراً، وكان الفقهاء بطليطلة يفتون فيمن عليه دين فسأل أن يؤخر به حتى ينظر فيه، وهو وافر الحال[1] معلوم بالمال المأمون، أنه لا يلزمه إلا حميل بوجهه بدليل هذه الرواية، وهو دليلٌ ظاهر، وإلى هذا نحا ابنُ مالكٍ.

ابن رشد: ما أفتى به أهل طليطلة هو قول سحنون، كتب إليه فيمن بعث معه بمال فتعدى فيه فأنفقه، فاعترف به عند الحاكم، وقال: هذا رَبْعي أبيعه، فيعرضه ولا يجد من يشتريه، فيطلب منه الطالب حميلاً بوجهه، فهل ذلك عليه؟ وهل يحبس إن لم يجد حميلاً؟

فكتب: لا حميل على هذا ولا حَبْس إذا بذل من نفسه ولم يتهم، وإنما يُحبَس المفلس يُتَّهَم أن يخفي مالاً[2].

---

(1) قوله: (الحال) ساقط من (ع).

(2) البيان والتحصيل، لابن رشد: 11/364.

وزاد المشدالي بعده: قال ابن رشد في السماع المذكور: فقول ابن مالك هو الصحيح، وتضعيف ابنِ عتاب الروايةَ صواب؛ لأن مال المطلوب غائبٌ، فوجب أن يؤخذ منه حميل بالمال، بخلاف إذا كان ماله حاضراً ووفره ظاهراً من الأصول وغيرها، فها هنا يحسن قول ابن مالك وما كان يفتي به فقهاء طليطلة، وهو قول سحنون.

انظره في ثانية السماع من كتاب الكفالة.

وانظرها أيضاً في ابن سهل في ترجمة (كتبت إلى شيوخنا بقرطبة سنة ست وخمسين وأربعمائة).

ابن عبد السلام: لو اشترى رجلٌ سلعةً ولم يدفعْ ثمنها وهو مليء، فهل يجوز له بيعها بغير رضى البائع أو لا بد من رضاه خوف فَلَس المشتري؟

يجري الأمر فيها على هذه المسألة؛ إن كان مليّاً جاز.

ابن عرفة: لا تجري عندي؛ لاختلاف المتعلقَين؛ لأن الجناية تعلقت بعين العبد، ولذا[1] سقطت بموته، والثمن بالذمة.

قوله في مسألة (**مَن عُتِق نصفُه ثم جنى رُقَّ باقيه**)، لم يجعله هنا تؤدى الجناية من مال العبد، كقوله قبل: (**إن كان للعبد مالٌ أو وجد معيناً أدى وتم عتقه**)، وكلٌّ[2] منهما أداء يحصّل العتقَ، فيحتمل أن تقيد هذه بتلك، فيكون معناها: لا مال للعبد ولا معين.

ويحتمل أن الفرق بينهما سبقية[3] الجناية هناك وتأخر هٰهنا في معتق بعضه، فضعف أمره.

المتيطى: لو بيعت الأنقاض في أرض غير البائع جاز عند ابن القاسم، ويقوم[4] رب الأرض على المشتري[5] فيعطيه الأقل من قيمة نقضه أو الثمن[6] الذي [71/ب] اشترى به.

ومنعه أشهب وسحنون.

---

(1) في (ع): (وإن).

(2) في (ع): (وفي كل).

(3) في (ع): (بسبق).

(4) في (ع): (ويغرم).

(5) قوله: (على المشتري) زيادة من (ع).

(6) قوله: (نقضه أو الثمن) يقابله في (ش): (نقضها والثمن).

قال فضل: وقولها أشبه بأصولهم؛ ألا ترى إلى قولها فيمن أعتق شِقْصاً من عبد بينه وبين شريكه فأراد شريكه بيع نصيبه: (لم يجز)؛ لما علل به في المدونة.

ولو بتله في المرض ولا مال له، أو له مال غير مأمون، فجنى العبد جناية؛ فلم ينظر فيها حتى أفاد السيد في مرضه مالاً مأموناً، فإن أبتل عتق العبد، ويتبع بالجناية في الذمة، ولا تحملها العاقلة؛ لأنه يوم جنى كان ممن لا تحمل العاقلة جريرته، والعاقلة لا تحمل جريرته حتى يحمل هو معها ما لزمها من الجرائر[1].

قوله: (ولو بتله في المرض...) المسألة.

في سماع أصبغ يعقل السفيه والمولى.

ابن رشد: اختلف؛ هل يعقل المولى[2] الأسفل مع القبيلة التي مواليه منها، ما جناه مواليه وسائر القبيلة؟ أم لا؟

قال هنا: يعقل، خلافاً لسحنون.

ابن الموَّاز: وهو معنى قول ابن القاسم.

ابن رشد: ليس بصحيح، بل يعقلون على مذهب ابن القاسم، وله مثله في جناياتها في المبتل في المرض. المسألة[3].

---

(1) التهذيب: 4/512.

(2) في (ع): (مولى).

(3) البيان والتحصيل: 16/68-69.

ومن أخدم عبده رجلاً سنين معلومةً، أو حياة الرجل، فجنى العبد، خَيّر مالك رقبته، فإن فداه؛ بقي في خدمته، وإن أسلمه؛ خير المخدم بين أن يفديه، أو يسلمه للمجني عليه، فإن فداه خدمه، فإذا تمت خدمته، فإن دفع إليه السيد ما فداه به؛ أخذه، وإلا أسلمه للمخدم رقاً، وأما الموصى بخدمته لرجل سنة وبرقبته لآخر، والثلث يحمله إذا جنى، فإن صاحب الخدمة يبدأ، فإن فداه؛ خدمه، ثم أسلمه بعد الأجل للموصى له بالرقبة، ولا يتبع بشيء مما أدى، وإن أسلمه؛ خير صاحب الرقبة، فإن فداه أخذه وسقطت الخدمة[1].

قوله: (ومن أخدم رجلاً عبده سنين معلومة)، مع قوله بعده: (وأما الموصى...) المسألة.

خرَّج ابن رشد تخيير ذي الرقبة من الثانية في الأولى، وخرَّج تقديم ذي الرقبة في الثانية من الأولى[2].

ورُدَّ بقيام الفارق، وهو أن يقال: لا يلزم من تقديم ذي الرقبة في الأولى كونه كذلك في الثانية؛ لسبقية سبب حقه، وهو أصالة ملكه له، وهو سابق عن الخدمة، وصاحب الرقبة في الثانية سبب حقه متأخرٌ.

ورُدَّ هذا الفرق بكون ابن القاسم قاس الملك اللاحق بالملك السابق في زكاة الفطر.

---

(1) التهذيب: 4/514-515.

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 14/354.

قال ابن القاسم: إذا جنى المدبر في حياة سيده، وعلى سيده دين يغترق قيمة المدبر أو لا يغترقه؛ فأهل الجناية أحق بخدمته، إلا أن يدفع إليهم الغرماء الأرش فيأخذوه، ويؤاجروه حتى يستوفوا دينهم، فإن لم يأخذه الغرماء، وأسلم للمجني عليه يختدمه، ثم مات السيد وعليه دين، وفي رقبة المدبر كفاف للدين والجناية وفضلة؛ بيع منه لذلك، وبدئ بالبيع للجناية ثم للدين، ثم عتق ثلث ما بقي، وإن كان لا فضل في قيمته عنهما، أو قيمته أقل منها، قيل للغرماء: أهل الجناية أحق به منكم إلا أن تزيدوا على قيمة الجناية فيأخذوه، ويحط عن الميت بقدر الذي زدتم؛ فذلك لكم[1].

قوله: (إلا أن تزيدوا على قيمة الجناية).

قال بعضهم: جعل[2] هنا على تفسير محمد وعبد الحق إذا كان نقص لا يلزم السيد إذا افتكوه بالأرش فقط وبيع بأقل.

ويناقض آخرَ عيوبها.

وفي كلٍّ منهما[3] فداء رقبةٍ تعلّق حقُّ الغير بها فيهما، فجعل[4] النقصان هناك عليه وهنا عليهم.

والفرق[5] بينهما أنهم في العيوب أدَّوا عنه ما لزمه، وهنا لم يؤدوا عنه

(1) التهذيب: 4/517.

(2) في (ع): (جعلهم).

(3) في (ش): (منها).

(4) في (ع): (فجل).

(5) في (ع): (الفرق).

شيئاً[1] لزمه؛ لأنها[2] متعلقة برقبة العبد[3].

ثم قوله: **(إلا أن تزيدوا).**

قلتُ[4]: تقرير ما كان الشيخ الجليل الفاضل أبو عبد الله محمد بن عبد السلام يبحث به هنا مع ما في باب[5] التفليس فيما إذا باع سلعةً وفلس مشتريها أن البائع أحقُّ بها، إلا أن يؤدي[6] الغرماء الثمن أنَّ الغرماء في كلا المسألتين استلزم[7] دفعهم فكَّ ما تعلق به حق لغيرهم، فلم يجعل لهم هنا مقالاً إلا بزيادة، وهناك لم يشترط الزيادة علي الثمن.

قال[8] شيخنا ابن عرفة: فأجبته عن هذا بأن الجناية تعلَّقت بعين الرقبة، ولذا[9] لم يخير المجني عليه، والثمن في مسألة التفليس تعلق بالذمة، ولذا لو اختار صاحب السلعة المحاصةَ لكان مختاراً لما دخل عليه بالأصالة.

وردَّ الشيخ ابن عبد السلام هذا الجواب بأن الدينار هنا ينتفع به المدبر، فيكون التعلق بالعين وصفاً طردياً؛ فالمدبر هنا بمنزلة المشتري،

---

(1) قوله: (شيئاً) ساقط من (ع).

(2) في (ع): (لأن).

(3) المشدالي: مسألة العيوب التي أشار إليها هي قوله في أواخر العيوب: قال ابن القاسم: وإذا باع السلطان عبداً لمفلس وقد كان أعتقه المسألة.

(4) قوله: (قلت) ساقط من (ع).

(5) قوله: (باب) زيادة من (ع).

(6) في (ع): (يؤدوا).

(7) في (ع): (التزم).

(8) قوله: (قال) ساقط من (ع).

(9) في (ع): (فلذا).

والاستخلاص جرَّ لهما معاً النفع.

قال شيخنا ابن عرفة: فأجبته عن هذا بأن المشتري لما خرج من يده ثمن لم يكن ضرر في دفعه له من غير زيادة عليه، ولم تحصل هنا معارضة بين المدبر والمجني عليه، فلا بد من زيادة على أرش جنايته يترجح به الذي زاد عليه.

قال ابن يونس - عن محمد - في فروع المسألة: لو أسقط الغرماء دينهم كان كمن لم يكن عليه دين، ويعتق ثلث المدبر. المسألة.

وقال - عن ابن المواز -: قاله ابن القاسم[1].

قال شيخنا أبو عبد الله: هذا من قول ابن القاسم يناقض أصلَه في الزكاة، لا زكاة على الموهوب حتى يتم له حولٌ من يوم الهبة، فلم يجعله كاشفاً للملكه أوَّل الحول، وجعله هنا كأنه لم يكن، وفي كِلا الفرعين إسقاطُ حقٍّ مالي تقرر[2] وجوبه.

قال ابن القاسم: وإن جنى المدبر على سيده وعلى أجنبي، اختدماه بقدر جنايتهما[3].

قوله: (**وإن جنى المدبَّر على سيده وأجنبي**).

في سماع أصبغ عن ابن القاسم - في العبد يجني على سيده وأجنبي - أنَّ السيد مخير بين أن يفتكه كله بدية جناية الأجنبي، وبين إسلامه كله في دية الأجنبي، ولا يقاصه بجنايته.

---

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 13/377.

(2) في (ع): (تعذر).

(3) التهذيب: 4/519.

أصبغ: ومثله لو ضرب عبدٌ بطن سيدته فألقتْ جنيناً ميتاً خُيِّرت المرأةُ بين أن تدفع لزوجها ما يصيبه من دية الجنين وتحبس العبد، وبين أن تدفع جميع العبد إليه.

قيل له: ولمَ ودية الجنين بين أبيه وأمه، فلِمَ لا يكون لها ثلث العبد، وتخير في افتكاك ثلثيه[1] من زوجها بثلثي دية الجنين؟ أو تسلم ثلثه إن أرادت؟

قال: لا، وقد قال ابن القاسم في العبد يجني على سيده وأجنبي، فمسألتك مثلها[2].

قال غيره: هذا إذا قاموا على السيد وهو حي، وأما إن مات السيد قبل قيامهم؛ فلا شيء عليه، وذلك عليها؛ لأنها هي الجانية، وما جني على أم الولد، فعقله لسيدها، وكذلك المدبرة[3].

قوله: **(قال غيره: وهذا إذا قاموا على السيد)**.

تأمل اسم الإشارة على ماذا يعود!

فإن ظاهره يعود إلى كون أم الولد لا شيء عليها إن لم يكن مالٌ، وليس كذلك، بل يرجع إلى تقييد مطلق مفهوم قوله: **(لا مال له)** فإن[4] مفهومه لو كان له مال لكان عليه، وظاهر هذا المفهوم سواءً قاموا على السيد وهو حي أم لا، فقال الغير: هذا المفهوم يقيد بما إذا قاموا، وإلا فلا.

---

(1) في (ع): (ثلثه)، والمثبت موافق لنص العتبية.

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 16/70.

(3) التهذيب: 4/526.

(4) قوله: (فإن) ساقط من (ع).

قلت: وكلام عياض في هذا الباب خلاف ما صرح به الباجي، وما زعم أن عبد الملك بيَّنه.

الصواب أنه[1] على أصله كما صرح به الباجي[2].

وإذا جنت أم ولد الذمي؛ فله أن يفديها بالأقل، وله إسلامها رقاً للمجني عليه، إذ لا أمنعه من بيعها، ويحل وطؤها لمن أسلمت إليه أو لمبتاعها[3].

قوله: **(إذ لا أمنعه بيعها...)** المسألة.

قلت: جواز بيعها يفيد[4] بما صرح به ابن رشد في سماع يحيى من كتاب الاستبراء.

قال يحيى: سألت ابن القاسم عن النصراني يبيع أم ولده النصرانية للمسلم، أيجوز للمسلم شراؤها؟

قال: لا بأس إذا كانوا يجيزون بيع أمهات الأولاد في دينهم.

ابن رشد: ينبغي أن يحمل هذا على التفسير، لما في جنايات المدونة من أن الذمي لا يمنع من بيع أم ولده[5].

---

(1) قوله: (أنه) زيادة من (ع).

(2) انظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض، ص: 2750، والمنتقى، للباجي: 7/374.

(3) التهذيب: 4/527.

(4) في (ع): (قلت جواز بيعها يفيد) يقابله في (ش): يفيد جواز بيعها.

(5) البيان والتحصيل: 4/116-117.

وإذا جنى العبد جناية، فسيده مخير فيها بين إسلامه أو فدائه، فإن مات العبد قبل أن يختار السيد؛ بطلت الجناية، وإن كان للعبد مال؛ كانت رقبته وماله في جنايته[1].

قوله: (كانت رقبته وماله في جنايته).

لم يتكلم هنا على ما إذا مات العبد وترك مالاً، فهل يقال: المال تبع فلا تتعلق به؛ لسقوطها بموت العبد إعمالاً لعدم التابع عند عدم[2] المتبوع؟

قال شيخنا أبو عبد الله: جعلوا مال العبد في هذا الباب مستقلاً بنفسه، فتتعلق به الجناية كما تتعلق بالرقبة؛ لقوله قبل هذا: (**إذا جنى العبد [72/أ] وعليه دين فالجناية في الرقبة، والدين في المال**)، ولو كان تعلق الجناية بماله على وجه التبع لما تعلق به الدين.

قلت: هذا حسن، لكنَّ كمال الحفظ ذِكْرُه منصوصاً في[3] المدونة، وقد نص عليه بعد هذا، وأشار إليه إشارةً خفيَّةً في قوله في جناية المكاتب: (**والعبدُ مثلَه**)[4].

---

(1) التهذيب: 4/529.

(2) قوله: (عند عدم) يقابله في (ع): (لعدم).

(3) في (ع): (من).

(4) انظر: التهذيب: 4/534.

وزاد المشدالي بعده: قاله بعد قوله: (وإن مات ولا دين عليه فأهل الجناية أولى بماله من سيده، إلا أن يدفع إليهم السيد الأرش)، ثم قال: (والعبد مثله).

قال مالك: ومن باع عبداً سارقاً دلس به، فسرق من المبتاع، فرده على سيده بالعيب؛ فذلك في ذمته إن عتق يوماً ما[1].

قوله: **(ومن باع عبداً سارقاً...)** المسألة.

قلت: قاس محمد بن عبد الملك الخولاني في نوازل الشعبي مسألة مَنْ باع جرةً وهي مكسورةٌ، وهو عالمٌ، فصبَّ فيها المشتري زيتاً فهلك، فلا ضمان؛ لأنه غرور بالقول، على مسألة المدونة هذه، بخلاف الكراء.

الخولاني: لأنه في الكراء غرَّ من نفسه ولم يزد على هذا شيئاً.

والصواب أن يقال في الفرق: إنه في مسألة الكراء المشترى هو المنافع، ولم يحصل، بخلاف الشراء فإنه في الذوات، والجناية في أمرٍ خارجٍ عنها، فقصاراه غرَّ بالقول، ومذهبه لا يوجب تضميناً[2].

قيل: فإن عجز المكاتب عن أداء العقل وأداه عنه سيده، هل يبقى علة كتابته؟ قال مالك: إذا لم يقو على أداء الجناية؛ رق مكانه، وخير سيده بين أن يدفعه أو يفتديه[3].

قوله: **(قيل: فإن عجز المكاتب).**

اختصرها لإشكال عموم الجواب، فإن ظاهره يرق سواء كان السيد أدَّى عنه ليرجع به عليه أم لا.

---

(1) التهذيب: 4/532.

(2) انظر المسألة في: المعيار المعرب، للونشريسي: 6/57.

(3) التهذيب: 4/534.

والصواب بقاؤه على الكتابة إذا كان لا يرجع عليه؛ لأنه قادر؛ ضرورةَ أنَّ ما دفعه السيد عنه كمالٍ وُهِب له فأدى منه العقل[1].

وإذا مات مكاتب وترك مالاً، وعليه دين وجناية خطأ؛ فأهل الدين أولى بماله؛ لأن الجناية في رقبته، والدين في ماله، فإن فضل من ماله شيء؛ كان لأهل الجناية حتى يستوفوا الجناية[2].

قوله: **(وإذا مات المكاتب وترك مالا وعليه دين وجناية خطأ...)** المسألة.

قلت: تقرير الإشكال الوارد هنا أن يقال: الجناية إما أن يكون لها تعلق بماله أم لا؛ فإن كان الأوَّل فيلزم أن تكون قبل الدين أو[3] المحاصَّة، وإن كان الثاني لزم ألاَّ تكون لهم الفضلة ولا المال إن لم يكن عليه دين ومات، واللازم باطل؛ لتصريحه في المدونة بنقيضه.

ابن عرفة: الجواب أن يقال: نلتزم الأول، ولنا سؤال الاستفسار؛ بأن نقول: التعلق على قسمين؛ تعلق بوسط، وبدونه.

فالأول هو المراد، فإنَّ تعلق حق ذي الجناية بالمال بواسطة الرقبة، فإن عدمت تعين المال.

وردَّ بأن مثله في الدين، بأن يقال: تعلق بالمال بواسطة الذمة[4].

---

(1) قوله: (العقل) زيادة من (ع).

(2) التهذيب: 4/536.

(3) في (ع): (و).

(4) المشدالي: في هذا الردِّ نظر.

ومن كاتب عبدين له في كتابة، فقتل أحدهما الآخر عمداً أو خطأ - وهما أخوان أو أجنبيان - فللسيد أخذ القيمة في الخطأ، ويُخيّر في العمد بين أن يقتص، أو يعفو على أخذ القيمة، فإن أخذها في عمد أو خطأ، وفيها وفاء للكتابة؛ عتق بها الجاني، وأتبعه السيد بحصة ما عتق به منها في عمد أو خطأ، كان أخاً أو أجنبياً، ولا أتهم الجاني أن يكون أراد تعجيل العتق بالقيمة التي أدى، إذا كان على أدائها قادراً قبل العتق، ويعتق بها[1].

قوله: (**عتق بها الجاني وأتبعه السيد بحصة ما عتق**).

تقرير البحث في هذا المقام من وجهين:

الأول: أن يقال: القياس عدم اتباع السيد إياه بحصته بما أعتق؛ لأنه أدى عمن[2] لا يرجع عليه لو ملكه، وهو الأخ المقتول.

أجاب شيخنا أبو عبد الله بأن قال: القيمة تنزلت منزلة الدية، والدية لا يرث منها القاتل عمداً ولا خطأً، فلو لم يتبع بحصته لصدق عليه أنه ورثه، إذ لا موجب لعدم متابعته إلا الإرث.

الثاني: في قوله: (**ولا أتّهم الجاني**)، يعارضه ما في المكاتب يقر بقبض الكتابة في مرضه، حيث جعل إقراره في المرض سبباً لتطرق التهمة، ولم يجعل هنا القتل سبباً لتطرق التهمة في تعجيل عتق القاتل.

ثم ما علل به هنا من قوله: (**إذا كان قادراً...**) إلى آخره، قائمٌ في مسألة

---

(1) التهذيب: 4/541.

(2) قوله: (أدى عمن) يقابله في (ع): (إذا ضمن).

المكاتَب؛ لأنه قادر على الإقرار في الصحة.

والجــواب أن شــناعة القتــل تُبْعِــد الاتهــام؛ كالارتــداد في المــرض والاستلحاق.



كتاب الجراح

كتاب الجراح

وليس العمل عند مالك على ما قيل: إن في كل نافذة في عضو ثلث دية ذلك العضو، وليس كالموضحة تبرأ على غير عثل، وينبت الشعر في موضع الشجة فيكون فيها ديتها، وذلك نصف عشر الدية[1].

قوله[2]: (وليس كالموضِحة تبرأ على غير عَثَل).

عورض بكسر الصُّلب، وفي كل منهما بقدر ديته، فجعل في الصلب إذا عاد لهيأته لا شيء عليه مع أنه مقدَّرٌ، وفي الموضِحة إذا برأت على غير عَثَل لا تسقط الدية.

وإن طلب المقطوع الحشفة تعجيل فرض الدية، إذ لا بد له منها، مات أو عاش؛ لم يكن له ذلك، ولعل أنثييه أو غيرهما تذهبان من ذلك، وكذلك إن أوضحه، فأراد تعجيل دية الموضحة؛ فلا يعجل له شيء؛ إذ لعله يموت؛ فتكون فيه القسامة، وكذلك إن ضرب مأمومة خطأ، فالعاقلة تحملها مات أو عاش؛ ولكن لا يعجل له شيء حتى يبرأ؛ لأنه لو مات منها؛ لم تجب الدية إلا بقسامة، فإن أبى ورثته أن يقسموا؛، كان على العاقلة ثلث الدية لمأمومته؛ وإنما في هذا الإتباع[3].

---

(1) التهذيب للبراذعي: 4/550.

(2) قوله: (قوله) ساقط من (ع).

(3) التهذيب للبراذعي: 4/553.

قوله: (مات أو عاش) مع قوله: (إلا بقسامة).

كالمتناقض؛ لأنه صرح أن العاقلة تحمل المأمومة مات أو عاش، وقال: إذا مات الدية فظاهره لا ثُلثَ تَحمِلُهُ العاقلة.

وفي الأنثيين إذا أخرجهما أو رضَّهما؛ الدية كاملة، قيل: فإن أخرجهما أو رضهما عمداً؟ قال: قال مالك رَحِمَهُ اللهُ: في الأنثيين القصاص، ولا أدري ما قول مالك في الرضّ، إلا أني أخاف أن يكون رضُّهُما متلِفاً؛ فلا قود فيها، وكذلك كل ما علم أنه متلف؛ فلا قود فيه[1].

قوله: (قيل فإن أخرجهما أو رضَّهما...) المسألة.

اختصرها لعدم الجواب؛ لأنه سأل عن أمرين فعدل عن أحدهما وشك في الآخر.

ثم قوله في الأنثيين؛ إن كان مطلقاً على أي حالة حصل زوالها بطل ترديده في الرضِّ.

وإن قطع لها ثلاثة أصابع من يد، وأصبع من الأخرى في ضربة؛ أخذت خمساً خمساً، ثم إن قطع من اليد المقطوع منها الثلاثة أصابع، أصبع رابع، ومن اليد الأخرى أصبع أو أصبعان؛ أخذت في الرابع من إحدى اليدين خمسة أبعرة[2].

قوله: (ثم إن قطع من اليد المقطوع منها ثلاثة أصابع، أصبع رابع أخذتْ

(1) التهذيب للبراذعي:4/558-559.

(2) التهذيب للبراذعي: 4/ 563.

له خمسة أبعرة)

الشيخ: أخذوا منه أن خليط الخليط ليس كالخليط؛ لأن الأصبع الرابع ساوى كل واحد من الأصابع قبل الإبانة في العقل، وافترقا بعده، ولو كان كالخليط لساوى الأصابع الثلاثة.

في السن السوداء إذا أصيبت العقلُ تاماً[1].

قوله: (**في السن السوداء...**) المسألة.

استدل بعضهم بهذه المسألة على من أطعم فاسودَّ جسده أن عليه الدية؛ لأن جمال السن أضعف من جمال البدن، وما ثبت بالأضعف يثبت بالأقوى أحرى.

قلت: ونص ما اختصره بعض المختصرين للمدارك: اختلف فقهاء القيروان[2] في امرأة أطعمتْ زوجَها فأجذمته.

فقال أحمد بن نصر: المسألة في المدونة، فذكر مسألة السنِّ هذه.

قلت: قال ابن عات - في امرأة سقتْ[3] زوجها سمّاً فتغير منه لونه وتجذم -: عليها الدية، وهو بمنزلة مَنْ ضَرَبَ سنَّ رجلٍ فاسودَّتْ ولو بقيت منفعتها.

قلت: قال المازري في كتاب الولاء: وقد كان أبو حفص العطَّار يحفظ المدونة حفظاً جيداً، ولم ير كتاب محمدٍ ولم يقرأه، وكان يقول: ألقوا عليَّ كل

(1) التهذيب للبراذعي: 4/565.

(2) في (ع): (القرويين).

(3) في (ع): (سمت)، والمثبت موافق لمطبوع المعيار المعرب.

سؤال فأنا أخرجه من المدونة، فقيل: إذا شُقَّتْ أمعاء رجلٍ ثم قتله آخر من أين يؤخذ من المدونة؟

فقال: من مسألة السنِّ هذه.

ابن عبد السلام على قول ابن الحاجب: "ولو ضرب صلبه فبطل ذلك جِماعَه فديتان[1].

ومما أوجبوا فيه الدية مما لم يذكره المؤلف إذا سقي ما كان[2] عنه البرص أو الجذام أو سواد اللون[3].

---

(1) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب، ص: 750.

(2) في (ش): (نشأ).

(3) أكثر ما جاء به المصنف رحمه الله في هذه المسألة واردٌ بنصه في: المعيار المعرب، للونشريسي: 2/ 323.

وقد زاد المشدالي بعده: قال ابن عرفة ما نصه: اللخمي: وتجب الدية إذا أجذمه وأبرصه أو سقاه ما سود به جسمه.

المشدالي: وقال قبل ذلك في ترجمة الأسنان: وسئل القرويون عمن أطعمته زوجته ما اسودَّ به لونه، فوقفوا. فقال أحمد بن نصر: هي في المدونة، وأوجب عليها الدية من مسألة السنِّ، وقد يفرَّق بلزوم البياض للسن، وكثيرٌ من الآدميين أسود.

المشدالي: وأحمد بن نصر المشار إليه، هو أحمد بن نصر بن زياد الهوَّاري، أخذ عن ابن عبدوس وابن سحنون ومن في طبقتهما، ذكره عياض في الطبقة الرابعة من علماء أفريقيَّة. قال: وفي المالكيين من القرويين من يشتبه به وهو أحمد بن نصر الداودي، متأخرٌ.

ومن أقران أحمد بن نصر الأول أحمد بن نصر ثالث، أبو جعفر من أهل باجة أفريقية أيضاً، كان من المتكلمين على مذهب أهل السنة، نظَّاراً.

وإن كانت السن سوداء أو حمراء أو صفراء، فأسقطها رجل؛ ففيها العقل كاملاً، والسوداء أشد. قيل: فإن ضربه فاسودت أو احمرت أو اصفرت أو اخضرت؟ قال: إذا اسودت؛ فقد تم عقلها، وإذا كان سائر ذلك كالسواد؛ تم عقلها، وإلا فعلى حساب ما نقص[1].

قوله: **(قيل: فإن ضربه)**.

اختصرها لنقصان الجواب على اختصار البراذعي؛ لأنه قال: إذا اسودَّت تم عَقْلها، وأما الخضرة فإن كان ذلك كالسواد فقد تمَّ عقلُها، وسكت عن الحمرة والصفرة.

واختصرها الصقلي، فإن كان ذلك، فظاهره أنَّ الإشارة بذلك راجعة[2] إلى الألوان المتقدمة حاشا [72/ب] السواد.

وانظر قول ابن الحاجب هنا: "والمشهور خلافه"[3]، ففيه نظرٌ.

قلتُ: وفي سماع ابن القاسم في السن إذا أصيبتْ فاصْفرَّت فإنها تعقل بقدر شَيْنِها وليس فيها العقل كاملاً حتى تَسوَدَّ، وكذا إذا تغيَّرَتْ فليس فيها العقل حتى تَسوَدَّ.

ابن رشد: هذا من قول[4] ابن القاسم؛ بيَّن مذهبه في المدونة إذ لم يعط في هذا في المدونة جواباً مبيِّناً، وردَّ الأمر فيه[5] إلى النظر، فقال: **(ما سمعنا من**

---

(1) التهذيب للبراذعي: 566/4.

(2) قوله: (بذلك راجعة) يقابله في (ش): (عائدة).

(3) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب، ص: 746.

(4) قوله: (قول) ساقط من (ع).

(5) في (ع): (فيها).

مالك إلا إذا اسودت فقد تم عقلها) والحمرة والخضرة والصفرة إن كان ذلك مثل السواد فقد تم عقلها، وإلا بحساب ما نقص[1].



(1) البيان والتحصيل: 15/459-460.

كتاب الديات



كتاب الديات

قال مالك: والحمران من الرقيق أحب إليَّ من السودان، فإن قل الحمران بتلك البلدة؛ فليؤخذ من السودان، والقيمة في ذلك خمسون ديناراً، أو ست مئة درهم، وليست القيمة بسنة مجمع عليها، وإنا لنرى ذلك حسناً، فإذا بذل الجاني عبداً أو وليدة؛ أُجبروا على أخذها إن ساوى ما بذل خمسين ديناراً أو ستمائة درهم، وإن كان قيمة ما بذل أقل من ذلك؛ لم يجبروا على أخذه إلا أن يشاؤوا[1].

قوله: (وليست القيمة كسنَّةٍ مجمع عليها) مع قوله: (إن كان قيمة ما بذل أقل من خمسين لم يجبروا) بينهما تنافٍ؛ لأن هذه القيمة إن كانت غير مجمع عليها فينبغي أن لا يعتبر[2] ضربه، فبأي قيمة أتى بها أجزأه، وإن تعينت لزم عدم صحة قوله: وليست بمجمع عليها.

وإذا ضربت المرأة عمداً أو خطأ، فألقت جنيناً ميتاً، فإن علم أنه حملٌ وإن كان مضغة أو علقة، أو مصوراً ذكراً أو أنثى؛ ففيه الغرة بغير قسامة في مال الجاني، ولا تحملها العاقلة، ولا شيء فيه حتى يزايل بطنها، وتورث الغرة على فرائض الله ﷻ. قيل: فهل على الضارب كفارة؟ قال: قال مالك: إنما الكفارة في كتاب الله ﷻ في قتل الحر خطأ،

(1) التهذيب: 4/574-575.

(2) في (ع): (تعتبر).

واستحسن مالك الكفارة في الجنين، وكذلك العبد والذمي إذا قتلا؛ ففيهما الكفارة[1].

قوله: (قيل: فهل على الضارب كفارة...) المسألة.

اختصرها لتنافي الجواب في نفسه؛ لأنه أجاب أوَّلاً بأن الكفارة في الحر بـ (إنما) الدالة على الحصر في القرآن في الحُر، ثم نقضها بثبوتها في العبد، فحاصله: منحصرة بدليل الكتاب في الحر غير[2] منحصرة.

ومن ثبت عليه أنه قتل رجلاً عمداً ببينة، أو بإقراره، أو بقسامة، فعفي عنه، أو سقط عنه القتل؛ لأن الدم لا يتكافأ؛ فإنه يضرب مائة ويحبس عاماً، كان القاتل رجلاً أو امرأة، مسلماً أو ذمياً، حراً، أو عبداً لمسلم أو لذمي، والمقتول مسلم أو ذمي، حر أو عبد، لمسلم أو لذمي، وكذلك العبد يقتل وليك عمداً، فتعفو عنه على أن تأخذه؛ فإنه يضرب مائة ويحبس عاماً، وإذا قتل عبد وليك فعفوت عنه، ولم تشترط شيئاً؛ فذلك كما لو عفوت عن الحر، ولا تشترط الدية ثم تطلب الدية[3].

قوله: (فإنه يضرب مائة ويحبس سنة).

سوَّى بين الحر والعبد ولم يشطر[4]؛ لأن هذه عقوبة وهما مستويان فيها.

أبو عمران: سألت أبا محمد عمن أقر بقتل عمد فعفي عنه ثم رجع عن

(1) التهذيب: 4/575.

(2) في (ع): (بمن).

(3) التهذيب: 4/578.

(4) في (ع): (تشطر).

إقراره، فهل يسقط الضرب والحبس عنه؟

وكيف بهذا في المقر بالزنا لو رجع بعد تمام الضرب[1] هل يسقط عنه التغريب؟

فترجح فيها[2] ونحا إلى أنه يسقط؛ لأنه حقٌّ لله تعالى[3].

ثم قوله: **(أو بإقراره أو بقسامة)** ثم قال: **(والمقتول...)** إلى آخره، مع قوله بعدُ: **(لا قسامة في العبيد)**، وقد قرر هنا في تنويع المسألة كونَ القاتل والمقتول عبدين، وفرض ثبوت القتل بقسامة. تأمَّلْه.

قال مالك: لا شيء لك إلا أن يتبين أنك أردتها، فتحلف بالله إنك ما عفوت على ترك الدية إلا لأخذها، ثم ذلك لك، وكذلك في العبد لا شيء لك إلا أن يعرف أنك عفوت لتسترقه؛ فذلك لك، ثم يخير سيده[4].

قوله: **(وكذلك في العبد لا شيء لك)**.

أما قياسه العبد على الحرِّ في طرف سقوط القصاص فواضح، وأما في طرف الأخذ فلا يلزم من قبول قوله: **(عفوت لتسترقه)** قبول قول الحر في الدية؛ لأن العبد مال والدية لا؛ لأنها ليست بثابتة في الأصل.

---

(1) في (ش): (الحد)، والمثبت موافق لمطبوع المعيار المعرب.

(2) أي: تذبذب فيها، قال ابن منظور: التَّرَجُّحُ التَّذَبْذُبُ بين شيئين. انظر: لسان العرب، ص: 364.

(3) انظر: المعيار المعرب، للونشريسي: 2/324.

(4) التهذيب: 4/579.

وإذا قتل عشرة رجال رجلاً خطأ، وهم من قبائل شتى؛ فعلى قبيلة كل رجل عُشر الدية في ثلاث سنين، ولو جنوا قدر ثلث الدية، حملته عواقلهم أيضاً في سنة، وما كان دون الثلث؛ ففي أموالهم، ولا تحمله عواقلهم[1].

قوله: (**فعلى قبيلة كل رجل عُشْر الدية في ثلاث سنين**).

قلت: لا امتراء في خفاء السؤال الوارد في هذا المقام، وقد قررناه في الحاشية، وأشرنا إلى بعضه في غير هذا الموضع من كتاب الزكاة[2].

وما أصاب النائم من شيء يبلغ ثلث الدية؛ فهو على عاقلته[3].

قوله: (**وما أصاب النائم...**) المسألة.

أبو عمران: نزلَت بالقيروان مسألة؛ وهي رجلان كانا يحرسان بالليل فقام أحدهما عن الآخر، وأتاه لما رجع إليه في صورة السارق علي وجه اللعب، وأشار إليه بالسيف فطعنه صاحبه لاعتقاده أنه سارق، فقتله.

فأجاب فيها بعضهم: بأن دمه هدر، وأجبت أنا أنه على العاقلة كالخطأ. انظر تمامَه.

قلت: قال عياض - عن ابن الحارث-: كان رجل واقفاً على جدار فرماه رجل بشيء فَحَادَ عن الرمية فسقط فاعتلَّ فمات، فخاصم ورثته الراميَ إلى

---

(1) التهذيب: 4/580.

(2) المشدالي: قد قدمنا بيانه في كتاب الزكاة.

(3) التهذيب: 4/584.

عيسى بن مسكين[1]، وأثبتوا الرمية، فقضى لهم عيسى بالقتل، وقال لهم: تحلفون بالله خمسين يميناً لمَّا رميته حاد، ومن حيدته سقط، ومن سقطته مات[2].

قلت: وذكر لي شيخنا أبو عبد الله أنه جرى بتونس نحو هذا، وذلك أن الشيخ ابن علوان سئل عمن صاح برجل فالتفت إليه المنادى بأعلى الحائط فسقط فمات؟

إنَّ دمه هدر، وليس مثل هذا من باب جناية الخطأ.

قلت: وسئل ابن أبي زيد عمَّن وضع حجراً على حائط ليصنع به شيئاً من حبس شيء يستره، أو ما أشبه ذلك، فقعد قوم تحت الحائط[3]، فهبَّت ريح فأسقطت الحجر على أحد القاعدين فمات؟

فقال: إن كان الحائط على الطريق وممر الناس فالدية على عاقلة واضِع الحجر، وإن كان بعيداً من الطريق والطريق فاسحةٌ لا يمر الناس تحت الحائط لضيقه، ولم يكن فاعلُ ذلك فعلَ ما لا يجوز له فلا ضمان عليه.

---

(1) هو: أبو موسى، عيسى بن مسكين بن منظور الإفريقي، المتوفى سنة 295 هـ، أصله من العجم من أهل الساحل، سمع من سحنون، وابنه جميع كتبه، كان فقيهاً، عالماً، فصيحاً، ورعاً، مهيباً، وقوراً، ثقة مأموناً، صالحاً، متفنناً في كل العلوم.
انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 4/ 331، والديباج، لابن فرحون: 2/ 66، وشجرة النور، لمخلوف: 1/ 108، وطبقات الفقهاء، للشيرازي، ص: 159 وسير أعلام النبلاء، للذهبي: 13/ 573.

(2) ترتيب المدارك: 4/ 343.

(3) قوله: (ليصنع به شيئا من... تحت الحائط) يقابله في (ع):(له).

ونحو هذا لأبى العباس الإبيانى.

وحُكيَ عن الإبياني[1] أيضاً أنه قال: الجناية في مال واضع الحجر.

وإذا حسنت حال المحدود في القذف؛ جازت شهادته في الدم وغيره[2].

قوله: **(وإذا حسنت حالة المحدود...)** المسألة

ابن رشد وغيره: ظاهر المدونة كقول ابن عبد الحكم، وابن نافع، وابن

---

(1) هو: أبو العباس، عبد الله بن أحمد بن إبراهيم بن إسحاق التونسي، المعروف بالإبياني، الإمام الثقة العمدة، المتوفى سنة 352هـ، تفقه بيحيى بن عمر، وأحمد بن سليمان، وحمديس، ويحيى بن عبد العزيز، وابن حارث، وأحمد بن حزم، وحماس بن مروان، وجماعة، روى عنه الأصيلي، وأبو الحسن اللواتي، وسعيد بن ميمون، والقابسي، وابن أبي زيد، وجماعة كان عالم إفريقية غير مدافع من شيوخ أهل العلم وحفاظ مذهب مالك من أهل الخير والوجاهة.

قال محمد الأمين (عرفات):

ثمّ على المذهب غيرَ وَانِ ... قد قامَ مَن يُعرَفُ بالإبْياني

وقد تفقَّهَ بيحيى بنِ عُمَرْ ... وسَمِع الشيخانِ ذا الشيخَ الأبَرْ

وهو عبدُ الله عاش حِينا ... في رابعٍ لِاثنين معْ خمسينا

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 6/10، والديباج، لابن فرحون: 1/425، وشجرة النور، لمخلوف: 1/ 85، وطبقات الفقهاء، للشيرازي، ص: 160، وتاريخ الإسلام، للذهبي: 26/73، ورشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات)، ص: 17، 18.

(2) التهذيب: 4/585.

كنانة؛ أنها تقبل ولو فيها[1] حد فيه.

والمشهور غيره.

قال مالك: إذا نكل مُدَّعُو الدم عن اليمين؛ ردوا الأيمان على المدعى عليهم، ثم إن أرادوا بعد ذلك أن يحلفوا؛ لم يكن لهم ذلك[2].

قوله: (**ثم أرادوا بعد ذلك أن يحلفوا...**) المسألة.

قلت: هذه المسألة هي التي أشار إليها ابن سهل[3] وابن رشد بأنها في ديات المختلطة، فيما أجاب به[4] ابن عات، ونحوَه في رسم (**الجواب**)[5].

ولا يقسم النساء في دم العمد، ويقسمن في دم الخطأ؛ وإنما يحلف ولاة الدم في الخطأ على قدر مواريثهم من الميت، فإن لم يدع الميت إلا ابنة بغير عصبة؛ حلف خمسين يميناً، وأخذت نصف الدية، وإن جاءت مع العصبة؛ حلفت خمساً وعشرين يميناً، والعصبة مثلها[6].

قوله: (**حلفَت خمساً وعشرين يميناً، والعصبة مثلها**).

قلتُ: ظاهر المدونة أن التحالف في أيمان القسامة، جملةً بعد جملة.

(1) في (ع): (في مثل ما).

(2) التهذيب: 4/586.

(3) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل، ص: 78.

(4) قوله: (به) زيادة من (ع).

(5) المشدالي: يعني من سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح.

(6) التهذيب: 4/590.

وقال ابن زرب: اختلف ابن العطار والأصيلي[1] في ذلك. انظره[2].

وإذا وُجِد قتيلٌ في قرية قوم أو دارهم، ولا يُدرَى مَن قتله؛ لم يؤخذ به أحد، وتبطل ديته، ولا يكون في بيت المال ولا غيره[3].

قوله: **(ولا يدرى من قتله، لم يؤخذ به أحد).**

سئل ابن عبد السلام عمن نام مع زوجته في فراشٍ واحدٍ فأصبح الولد بينهما ميتاً؛ لا يُدرى أيهما رقد عليه؟

فقال: لم أر فيها نصاً، وعندي أنه هدر.

قلتُ لشيخنا أبي عبد الله: فما رأيكم فيها؟

فقال: رأيي فيها كرأي ابن عبد السلام، ويؤخذ من قولها هنا.

---

(1) هو: أبو محمد، عبد الله بن إبراهيم الأصيلي، المتوفى سنة 392هـ، رحل به أبوه إلى أصيل فسكنها ونشأ بها، وتفقه بقرطبة باللؤلؤي، وأبي إبراهيم، وسمع من ابن الشاط، وأبان بن عيسى ونظرائهم، ورحل إلى المشرق، فحج، ولقي جملة من الأعلام، وكتب عنه ابن أبي زيد، أَلَّفَ كتاباً على الموطأ سماه "الدليل"، وأَلَّفَ "النوادر".

انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، لعياض: 7/135- 145، والديباج، لابن فرحون، ص:224، وسير أعلام النبلاء، للذهبي: 27/ 266، 267، والوافي بالوفيات، للصفدي: 6/17، وشجرة النور، لمخلوف: 1/100، 101.

(2) انظر: الأحكام، للمالقي، ص: 353.

(3) التهذيب: 4/591.

وإذا قال المقتول: دمي عند فلان، فذَكَر رجلاً أورع أهل زمانه؛ أقسم مع قوله، وإن رمى بذلك صبيّاً؛ أقسم مع قوله، وكانت الدية على عاقلة الصبي[1].

قوله: (فذكر رجلاً أورع أهل زمانه).

المتيطي: الذي جرى به العمل عند الشيوخ، وقاله غير واحد من الموثِّقين في الدعوى في الدماء، أن ينظر حال المدعي والمدعى عليه؛ إن كان المدعي لا يتهم أن يفعل ذلك بنفسه، والمدعى عليه معروف بالفسق، [73/أ] وليس بالمدعي جراح مخوفة؛ اجتهد الإمام في ذلك، فما ظهر له من الأمر فعله من تعزير وسجن وشبهه.

وإن كان المدعي ممن يتهم أن يفعل تلك الجراح به فعليه البينة أنَّ المدعى عليه هو الذي فعل ذلك به، ثم يعذر للمدعى عليه، فإن لم يكن عنده[2] مدفع في البينة عزَّره الإمام بالسجن ونحوه، فإن كانت الجراح مخوفة سجنه حتى يبرأ و يتبين له وجه يطلق به.

وهذا كله قول ابن لبابة، ومحمد بن غالب، ومحمد بن وليد، وسعيد بن معاذ، ويحيى بن سليمان، وأحمد بن يحيى، ويحيى بن عبد العزيز، وعبد الله بن يحيى، وأيوب بن سليمان، وغير واحد من المشاورين بالأندلس.

قال: وإذا لم يكن بالمدمى أثر جرح أو ضرب أو لم يعرف ضربُ[3] فلانٍ

---

(1) التهذيب: 592/4.

(2) في (ش): (له).

(3) قوله: (ضرب) زيادة من (ع).

له قبل هذا ففي العتبية من رواية عيسى: لا يقبل قوله[1].

قال غير واحد من الموثِّقين: لا يجب على المدمى عليه بهذه التدمية سجن ولا شيء إذا لم يكن بالمدمى أثر ضرب ولا غيره، إلا أن يموت المدمى بعد أن يظهر بُرؤه؛ فليسجن حينئذ المدمي عليه.

قال ابن عبد البر في تاريخه: وقد كان يحيى بن يحيى يرى السجن على من دمي عليه، ويفتي به حتى نزل ذلك به، فرجع عن قوله.

الباجي في وثائقه: وقد روي أن العدل يسجن ثلاثة أيام، وليس به عمل ولا قضاء[2].

وإذا اضطرب قول الجريح فرمى رجلاً ثم برَّأَه، ثم رمى آخر لم يقبل قوله عند ابن القاسم وأشهب وأصبغ[3].

قلتُ: قال ابن رشد في سماع أشهب من طلاق السنة في الرجل يدمى على رجل، فيشهد عليه أنه قال: لا أدري من جرحني؛ أن قوله يبطل[4].

المتيطي: ولو قال: ضربني فلان يوم كذا، وشهدت البينةُ أنَّ فلاناً كان في

---

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 15/524.

(2) انظر: تبصرة الحكام، لابن فرحون، ص: 435.

(3) انظر: تبصرة الحكام، لابن فرحون، ص: 438.

وزاد المشدالي بعده: انظر مسألة التدمية البيضاء في رسم العتق من سماع عيسى من كتاب الديات، وفي سماع أبى زيد أيضا منه، وانظر مسألة المدمى يدمي على رجل ثم يدمي على آخر بعد أن برّأ الأول أو لم يبرئه، في ثانية رسم أول عبد من سماع يحيى من الكتاب المذكور.

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 5/386.

ذلك اليوم في موضعٍ بعيدٍ يعلم أنه لا يصل في تلك المدة إلى موضع المدمى؛ سقطت التدمية، وبان كذبه، وإذا رجع المدمى عن قوله وأكذب نفسَه ثم مات بعدُ فلا قيام لورثته، ولو عاش لكان الواجب أدبه وسجنه، ولو صح المدمى صحةً[1] بينةً ومشى وتصرَّف سقطتْ التدمية عن المدمى عليه.

قلت: كقولها: **(إن صحَّ صح)**، و **(إذا صح المريض المطلّق في المرض صحةً بينة ثم مات بعدُ، انقطع ميراثها)**.

قلت: قال ابن مُزيْن - في المرأة تدمي على زوجها - أنه لا يقام عليه بذلك القوَد؛ لأن له أن يضربها للأدب، وقد يتولد منه موتٌ فالذي تريد أن تدمي به عليه قد يكون أصله الضرب المأذون فيه، ولا حد مع شبهة[2].

وإن قتل مسلم كافراً عمداً؛ ضرب مئة وحُبس عاماً[3].

قوله: **(ضرب مئة وحُبس عاماً)**.

قلت: في سماع عيسى إذا حُبس الرجل في القتل فعفي عنه بعد الثبت ببينة أو بقسامة؛ جلد مائة واستقبل به حبس سنة من يوم يجلد، ولا يحسب في السنة ما حُبس قبل ذلك.

---

(1) قوله: (صحة) ساقط من (ع).

(2) المشدالي: ابن عرفة: ظاهر المذهب أن الزوجة في تدمِيَتها على زوجها كالأجنبية، ولابن هشام وابن عات عن ابن أبي زمنين عن المُغَامي عن ابن مُزين إن أدمتْ على زوجها لم يكن عليه قَوَدٌ؛ لإذن الله له في ضربها، وقال عليه الصلاة والسلام: «ادرءوا الحدود بالشبهات».

ابن مُزين: هذا الذي تعلمناه من شيوخنا.

(3) التهذيب: 4/598.

ابن رشد: هذا واضحٌ لأن الحبس الأول الذي قبل العفو حق للولي، والذي بعده لله؛ فلا يدخل أحدهما في الآخر[1].

ابن عبد السلام: ظاهر العتبية أنه يجلد.

قال ابن القاسم: ويكون ابتداءُ عام الحبس من يوم الجلد[2].

وقال أشهب: ذلك واسع؛ إن شاء بدأ بالجلد أو بالحبس.

وإذا أفلست امرأة، ثم تزوجت، وأخذت مهراً؛ فليس لغرمائها فيه قيام بدينهم، ولا تقتضي منه ديناً، ويبقى زوجها بلا جهاز، إلا أن يكون الشيء الخفيف؛ كالدينار ونحوه[3].

قوله: **(كالدينار ونحوه)**.

ابن وهب: لها ولو كان أضعاف الصداق.

المتيطي: وهو أصح.

قلتُ: ولو كان الصداق أصولاً أو طعاماً فهل يلزمها بيعها لتتجَهَّز به؟

في ذلك كلام لابن زرب وغيره لم نغادره[4].

---

(1) البيان والتحصيل: 15/496-497.

(2) المشدالي: خلاف ما سبق أنه ظاهر.

وقال أشهب: ذلك واسع، إن شاء بدأ بالجلد أو بالحبس.

(3) التهذيب: 4/611.

(4) المشدالي: قال ابن سهل في ترجمه الصدقات والكوالئ ما نصُّه: ولابن زَرْبٍ في مسائله في المرأة يكون نقدها أصلاً، لا يلزمها أن تبيعه و تتجهز به إليه، وكذلك إن نقدها عبداً لها أن تخرج به إلى زوجها، ولا يلزمها بيعه والتجهيز بثمنه.

=

الراكب على الدابة لا يضمن ما كدمت أو نفحت، إلا أن يكون ذلك من شيء فعله بها، ويضمن ما وطئت بيديها أو رجليها؛ لأنه هو يسيرها[1].

قوله: **(ويضمن ما وطئت بيدها أو رجلها...)** المسألة.

قلتُ: سئل ابنُ زَرْبٍ عن دابة تحت راكبٍ مشى بها في سوق العطارين، فطارت صخرة من تحت حافرها فكسرت آنية لها قيمة؟

=

قيل له: فلو أصدقها ثوباً قيمته مئة دينار، هل يلزمها بيعه والتجهيز به؟

فقال: لا يلزمها بيعه، وعليها أن تخرج به وتتزين به.

قيل له: فلو أصدقها طعاماً أو عروضاً لا يشاكلها الخروج بها؟

فقال: لا يلزمها بيع ذلك والتجهيز بثمنه.

قيل له: فإذا حل كالئها على زوجها بعد بنائه بها وأخذته، هل يلزمها أن تشتري به شَوْرَة؟

قال: لا؛ إنما الشَّوْرة عند البناء وقد مضى.

قيل: فإن تأخر بناؤها حتى حلَّ كالئها فأخذته، هل يلزمها التجهيز به مع النقد؟

فقال: نعم.

قيل: فلو حلَّ قبل البناء فدعاها الزوج إلى قبضه والتجهيز به مع النقد، فأبت من قبضه حتى يبتني بها؛ لئلا يلزمها التجهز به؟

قال: تجبر على أخذه والتجهز به.

المشدالي: وفي كتاب النكاح من جامع الأحكام: ذكر أبو الوليد بن خيرة في تأليفه أنَّ للوصيّ أن يجهز اليتيمة من مالها الذي بيده، واختلف إذا كان أصلاً فباعه وجهزها به على قولين، وكذا الأب.

انظره في كتابه.

(1) التهذيب: 4/612.

فقال: لا ضمان على الراكب.

وسئل عنها الإشبيلي فأفتى بالضمان[1].

قلت: وفي النوادر كثير[2] من هذا المعنى[3].

---

(1) المشدالي: زاد ابن عرفة في كتاب الغصب بعد أن حكى القولين: وقال بعضهم بالأول إن طارت من تحت الحافر، وبالثاني إن طارت بطرد الحافر إياها.

المشدالي: ما حكاه ابن عرفة عن بعضهم، وقع في النوادر لأشهب، وتمَّمه محمد فقال في النوادر ما نصُّه: وقال أشهب: ومن ركب دابة فطارت حصاة ففقأت عين رجل؛ فلا شيء عليه.

قال ابن الموَّاز: هذا إن طارت من تحت الحافر لشدة وقع الحافر من غير أن تدفعها بحافرها، فأما لو دفعتها بحافرها فضربها حتى اندفعت فطارت بضربها إياها؛ ففي ذلك الدية.

(2) هٰهنا انتهت النسخة المرموز لها بالرمز (ع)، والتي يحفظ أصلها في الخزانة العامة بالرباط تحت رقم: (832)، وقد نقلت إليها من مكتبة الشيخ محمد بن عبد الحي الكتاني رحمه الله.

قال محقِّقه أبو الهيثم الشهبائي كان الله له: وفي آخر نصف صفحة منها طمسٌ لم نشر إليه أثناء المقابلة؛ جرياً على عادتنا في عدم الإشارة إلى ما غُمَّ على القارئ - لطمسٍ في النسخة - إن قام المعنى بما في غيرها من النُّسَخ. والله الموفق.

(3) المشدالي: انظره في ترجمة ضمان السائق والقائد والراكب من الجزء الثاني من أحكام الدماء.

والسائق والقائد ضامنان لما وطئت الدابة بيديها أو برجليها، وإن اجتمع قائد وسائق وراكب، فما أوطئت الدابة؛ فعلى القائد والسائق، إلا أن يكون فعلها بسبب الراكب؛ فذلك عليه، خاصة إذا لم يكن فيه عون من القائد أو السائق[1].

قوله: **(والسائق والقائد ضامنان...)** المسألة.

قلت: في سماع ابن القاسم من السداد والأنهار - في خليج لرجل يجري تحت جدار لرجل فجرى السيل فيه فهدمه، فقال له صاحب الحائط: ابن لي حائطي - قال مالك: يُقضى على صاحب الخليج ببناء الحائط؛ لأنه هو الذي ساق الماء فيه، فأشبه سائق الدابة في وجوب ضمان ما وطئت عليه، ولو كان رب الحائط يسقي أيضاً لسقط الضمان عن صاحب الخليج؛ لأن رب الحائط قد ساق الماء فيه معه، فلم يتعدَّ على صاحب الحائط فيما صنعه. انظره[2].

وإن حفر حفيراً في داره، أو جعل حبالة ليُعطِب بها سارقاً، فعطب فيها السارق أو غيره؛ فهو ضامن لذلك[3].

قوله: **(فعطب بها السارق أو غيره).**

قلتُ: قال في المنتقى: إذا كانت الدواب تعثر في الزرع فتفسده، فحفر رب الزرع حول الزرع حفيراً لمكان الدواب فوقع فيه بعضها فمات، فروى أصبغ عن ابن القاسم: لاضمان عليه، وهو قول مالك.

---

(1) التهذيب: 4/613.

(2) البيان والتحصيل: 10/247-249.

(3) التهذيب: 4/614.

الباجي: انظره مع قوله: عطب به السارق وغيره، ضمن(1)، ولم يذكر جواباً.

قلت: وقد انتهى ما علَّقْتُه على المدونة مما عندي من المباحث والنوازل، وتركتُ مما علقته في المستودعات، أو مما حوته أفكارنا؛ طلباً للاختصار، والله ﷻ يلهمنا رشدنا، ويسددنا لصالح العمل، إنه كريم وهاب.

ووافق تاريخه أواخر ربيع الأول من عام أربعة وثمانمائة(2).

والصلاة والسلام على سيدنا ومولانا سيد الأولين محمد عبد الله النبي المصطفى الأكرم الأمين وعلى آله وأصحابه وأزواجه وذريته المنتخبين وسلم تسليماً كثيراً إلى يوم الدين والحمد لله رب العالمين.



---

(1) المنتقى، للباجي: 7/446.

(2) ختم المشدالي تكميله هٰهنا بقوله: وهذا منتهى ما قصدتهُ من تكملة هذا التعليق، والله سبحانه ولي الهداية والتوفيق، والمرشد بفضله وكرمه إلى سواء الطريق، وإياه أسأل أن يعم النفع به لديه، وأن يجعله من صالح الأعمال المقربة إليه، إنه جواد كريم رءوف رحيم، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم، ووافق تاريخه أوائل صفر من عام ستة وثلاثين وثمان مائة، والصلاة والتسليم على سيدنا ومولانا محمد خاتم النبيين وإمام المرسلين، والحمد لله رب العالمين.



مصادر التحقيق ومراجع التوثيق

مصادر التحقيق ومراجع التوثيق

* إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، لأبي الفتح محمد بن علي بن وهب بن مطيع القشيري ابن دقيق العيد، بتحقيق مصطفى شيخ مصطفى ومدثر سندس (ط:1، مؤسسة الرسالة، بيروت: 2005م).

* أحكام القرآن، لأبي بكر محمد بن عبد الله بن العربي المعافري الإشبيلي المالكي، بتحقيق على محمد البجاوي (ط:1، دار إحياء التراث العربي، بيروت).

* أحكام الوقف، ليحيى بن محمد بن محمد الحطاب المالكي (دار ابن حزم، بيروت: 2009م).

* أخبار النحويين، لابن أبي هاشم السيرافي، بتحقيق مجدي فتحي السيد (ط:1، دار الصحابة للتراث، طنطا: 1410هـ).

* اختصار مجموع ما ألفته المالكية في الفقه = المختصر الفقهي الكبير

* اختصار مجموع ما ألفته المالكية في الفقه، لمحمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي (مخطوط يحفظ أصله تحت رقم 4732 في الخزانة الحسنية بالرباط).

* أزهار الرياض في أخبار عِيَاض، للمَقَّرِيّ، بتحقيق مصطفى السقا، وآخرين (مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة: 1939م).

* اصطلاح المذهب عند المالكية، لمحمد إبراهيم على (ط:2، دار البحوث للدراسات الإسلامية، دبي: 1423هـ).

* آكام المرجان في أحكام الجان، لبدر الدين أبي عبد الله بن تقي الدين محمد ابن عبد الله الشبلي الدمشقيّ الحنفي، بتحقيق إبراهيم محمد الجمل (مكتبة

القرآن، القاهرة).

* إكمال المُعلِم بفوائد مسلم، لأبي الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحصبي، بتحقيق د. يحيى إسماعيل (ط:1، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة: 1998م).

* الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام = شرح ميارة

* الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، لأبي عبد الله، محمد بن أحمد بن محمد الفاسي (دار المعرفة، بيروت).

* الأحكام، لأبي المطرف عبد الرحمن بن قاسم الشعبي المالقي، بتحقيق د. الصادق الحلوي (ط:1، دار الغرب الإسلامي، بيروت: 1992م).

* الأحكام، لعبد الملك بن حبيب، بتحقيق د. أحمد بن عبد الكريم نجيب (ط:1، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، دبلن: 2011).

* الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي، بتحقيق سالم محمد عطا، ومحمد علي معوض (دار الكتب العلمية، بيروت: 2000م).

* الأعلام ، لخير الدين الزِّرِكْلِيّ (ط:7، دار العلم للملايين، بيروت: 1986م).

* الإعلام بمن حل مراكش وأغمات من الأعلام، للعباس بن إبراهيم السملالي (المطبعة الملكية، الرباط: 1974م).

* الإعلام بنوازل الأحكام وقطر من سير الحكام (ديوان الأحكام الكبرى)، لعيسى بن سهل بن عبد الله الأسدي، بتحقيق د. يحيى مراد (دار الحديث، القاهرة: 2007م).

* الإكمال في رفع الارتياب عن المؤتلف والمختلف في الأسماء والكنى، لعلي

ابن هبة الله بن أبي نصر بن ماكولا (ط:1، دار الكتب العلمية، بيروت: 1411هـ).

* الانتقاء في فضائل الأئمة الثلاثة الفقهاء، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (دار الكتب العلمية، بيروت).

* الأنساب، لأبي سعد عبد الكريم بن محمد بن منصور التميمي السمعاني، بتحقيق عبد الرحمن بن يحيى المعلمي اليماني (ط:2، مكتبة ابن تيمية، القاهرة: 1980م).

* الأنساب، لأبي سعيد عبد الكريم بن محمد بن منصور التميمي السمعاني، بتحقيق عبد الله عمر البارودي (ط:1، دار الفكر، بيروت: 1998م).

* البداية والنهاية، لأبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي، بتحقيق علي شيري (ط:1، دار إحياء التراث العربي، بيروت: 1988م).

* البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، لمحمد بن علي الشوكاني (ط:2، دار الكتب العلمية، بيروت: 2007م).

* البهجة في شرح التحفة (شرح على تحفة الحُكام لابن عاصم)، لعلي بن عبد السلام التسولي، بضبط وتصحيح محمد عبد القادر شاهين (ط:1، دار الكتب العلمية، بيروت: 1998م).

* البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة (العُتبيَّة)، لمحمد بن أحمد بن رشد (الجد) القرطبي، بتحقيق محمد حجي وآخرين (ط:2، دار الغرب الإسلامي، بيروت: 1988م).

* التاريخ الكبير، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري الجعفي، بتحقيق السيد هاشم الندوي (ط:1، دار الفكر، بيروت).

* التبصرة، لأبي الحسن علي بن محمد اللخمي، بتحقيق د. أحمد بن عبد الكريم نجيب (ط:1، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، دبلن: 2010م).

* التبصرة، لأبي الحسن علي بن محمد اللخمي، بتحقيق د. أحمد بن عبد الكريم نجيب (ط:1، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية القطرية، الدوحة: 1432هـ).

* التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس، لأبي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب البصري، بتحقيق سيد كسروي حسن (ط:1، دار الكتب العلمية، بيروت: 2007م).

* التكملة لكتاب الصلة، لمحمد بن عبد الله بن أبي بكر ابن الأبّار القضاعي البلنسي، بتحقيق عبد السلام الهراس (دار الفكر، بيروت: 1995م).

* التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ط:1، دار الكتب العلمية، بيروت: 1989م).

* التلقين في الفقة المالكي، لأبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي، بتحقيق أبي أويس محمد بو خبزة الحسني التطواني (ط:1، دار الكتب العلمية، بيروت: 2004م).

* التنبيه على مبادئ التوجيه (قسم العبادات)، لأبي الطاهر إبراهيم بن عبد الصمد بن بشير، بتحقيق د. محمد بلحسان (ط:1، مركز الإمام الثعالبي للدراسات ونشر التراث، الجزائر، ودار ابن حزم، بيروت: 2007م).

* التنبيهات المستنبطة على كتب المدونة والمختلطة، لأبي الفضل عياض بن موسى بن عياض السبتي، بتحقيق د. أحمد بن عبد الكريم نجيب (ط:1،

مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، دبلن: 2012م).

* التهذيب في اختصار المدونة، لأبي سعيد خلف بن أبي القاسم محمد القيرواني البراذعي، بتحقيق محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ (ط:1، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي: 1999م).

* التوضيح في شرح الجامع بين الأمهات، لخليل بن إسحاق الجندي، بعناية وتصحيح د. أحمد بن عبد الكريم نجيب (ط:1، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، دبلن: 2008م).

* الثقات، لأبي حاتم محمد بن حبان بن أحمد البستي (مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت: 1973م) عن طبعة دائرة المعارف العثمانية، الهند.

* الجامع الصحيح (صحيح البخاري)، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، بتحقيق د. مصطفى ديب البغا (ط:3، دار ابن كثير، بيروت: 1987م).

* الجامع الصحيح = صحيح البخاري

* الجامع المختصر من السنن عن رسول الله ﷺ ومعرفة الصحيح والمعلول وما عليه العمل، لأبي عيسى محمد بن عيسى التِّرْمِذِيّ السلمي، بتحقيق أحمد شاكر، ومحمد فؤاد عبد الباقي (ط:2، عيسى البابي الحلبي، القاهرة: 1978م).

* الجامع بين الأمهات، لأبي عمرو عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس الكردي ابن الحاجب (ومعه القصد الواجب بمعرفة اصطلاح ابن الحاجب، للونشريسي، وكتابا: تنبيه الطالب لفهم لغات ابن الحاجب، والتعريف بالأعلام والمبهمات المذكورين في الجامع بين الأمهات، وهما لابن عبد السلام المصري)، بتحقيق د. أحمد بن عبد الكريم نجيب (ط:1، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، دبلن:2010م).

* الجامع لمسائل المدونة والمختلطة، لأبي بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي، بتحقيق د. أحمد بن عبد الكريم نجيب (ط:1، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، دبلن: 2012م).

* الجرح والتعديل، لعبد الرحمن بن محمد بن إدريس ابن أبي حاتم الرازي التميمي (ط:1، دار إحياء التراث العربي، بيروت: 1952م).

* الجمع بين رجال الصحيحين، لابن طاهر المقدسي (دائرة المعارف العثمانية، الهند، 1323) (أعادت نشره مصورا مؤسسة دار الكتب العلمية، بيروت: 1405 هـ).

* الحلة السيراء، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله بن أبي بكر بن الأبار القضاعي، بتحقيق د. حسني مؤنس (دار المعارف، القاهرة: 1985م).

* الحلل السندسية في الأخبار التونسية، لمحمد بن محمد بن مصطفى الأندلسي السّراج، المعروف بالوزير، بتحقيق محمد الهيلة (دار الكتب الشرقية، تونس: 1973م).

* الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، لإبراهيم بن فرحون المالكي، بتحقيق مأمون بن محيي الدين الجنان (ط:1، دار الكتب العلمية، بيروت: 1996م).

* الذخيرة، لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي القرافي، بتحقيق محمد حجي، وآخرين (ط:1، دار الغرب الإسلامي، بيروت: 1994م).

* الرسالة، لأبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي زيد القيرواني (دار الفكر، بيروت).

* الروض المعطار في خبر الأقطار، لمحمد بن عبد المنعم الحميري، بتحقيق

إحسان عباس (ط:2، مؤسسة ناصر للثقافة، بيروت: 1980م).

* السُّنَن الصُّغرى = سُنن النسائي = المجتبى من السُّنَن.

* السُّنَن الكبرى، لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي (دار المعرفة، بيروت: 1973م) عن طبعة دائرة المعارف العثمانية، الهند.

* السنن الكبرى، لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، بتحقيق د. عبد الغفار سليمان البنداري، وسيد كسروي حسن (ط:1، دار الكتب العلمية، بيروت: 1991م).

* السُّنَن، لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، بتحقيق عزت عبيد، وعادل الرشيد (دار الحديث، حمص: 1969م).

* الصحاح (تاج اللغة وصحاح العربية)، لإسماعيل بن حماد الجوهري، بتحقيق أحمد عبد الغفور عطار (ط:4، دار العلم للملايين، بيروت: 1987م).

* الصلة في تاريخ أئمة الأندلس، لأبي القاسم خلف بن عبد الملك بن بشكوال، بتحقيق إبراهيم الإبياري (ط:1، دار الكتاب المصري، ودار الكتاب اللبناني، القاهرة، بيروت: 1989م).

* الضوء اللامع لأهل القرن السابع، لشمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوي (ط:2، دار الجيل، بيروت: 1992م).

* الطالع السعيد الجامع لأسماء الفضلاء والرواة بأعلى الصعيد، لجعفر بن ثعلب ابن جعفر الإدفوي، بتحقيق سعد محمد حسن (ط:1، مطبعة الجمالية، القاهرة: 1339هـ).

* الطبقات الكبرى (القسم المتمم لتابعي أهل المدينة ومن بعدهم)، لأبي عبد الله محمد بن سعد بن منيع البصري الزهري، بتحقيق زياد محمد منصور

(مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة: 1408هـ).

* الطبقات الكبرى، لأبي عبد الله محمد بن سعد بن منيع البصري الزهري (دار صادر، بيروت).

* العبر في خبر من غبر، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبي، بتحقيق د. صلاح الدين المنجد (مطبعة حكومة الكويت، الكويت: 1984م).

* العقد الثمين في تاريخ البلد الأمين، لتقي الدين محمد بن أحمد الحسني الفاسي المكي، بتحقيق محمد حامد الفقي (ط:2، مؤسسة الرسالة، بيروت: 1986م).

* العلل المتناهية في الأحاديث الواهية، لجمال الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن الجوزي، بتحقيق خليل الميس (ط:1، دار الكتب العلمية، بيروت: 1403هـ).

* العلل المتناهية في الأحاديث الواهية، لجمال الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن الجوزي، بتحقيق خليل الميس (دار الكتب العلمية، بيروت: 1403هـ).

* الغنية (فهرست شيوخ القاضي عياض)، لأبي الفضل عياض بن موسى بن عياض ابن عمرون اليحصبي السبتي (دار الغرب الإسلامي، بيروت: 1982م).

* الفتاوى = فتاوى العز بن عبد السلام

* الفتاوى، لأبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم السلمي الشافعي، بتحقيق عبد الرحمن بن عبد الفتاح (ط:1، دار المعرفة، بيروت: 1986م).

* الفرق بين الفرق، لعبد القاهر بن طاهر بن محمد البغدادي الإسفرائيني التميمي، بتحقيق محمد محيى الدين عبد الحميد (ط:1، المكتبة العصرية، بيروت: 1995م).

* الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، لمحمد بن الحسن بن العربيّ بن محمد الحجوي الثعالبي الجعفري الفاسي (ط:1، دار الكتب العلمية، بيروت: 1995م).

* الفهرست، لأبي الفرج محمد بن إسحاق ابن النديم (دار المعرفة، بيروت: 1978م).

* الفهرست، لمحمد بن خير بن عمر بن خليفة الأموي الإشبيلي، بتحقيق محمد فؤاد منصور (دار الكتب العلمية، بيروت: 1998م).

* الكامل في التاريخ، لعز الدين أبي الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد ابن عبد الكريم بن عبد الواحد الشيباني ابن الأثير الجزري، بتحقيق عمر عبد السلام تدمري (ط:1، دار الكتاب العربي، بيروت: 1997م).

* اللباب في تهذيب الأنساب، لأبي الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد الشيباني الجزري (دار صادر، بيروت: 1980م).

* المجتبى من السنن، لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، بتحقيق عبد الفتاح أبي غدة (ط:2، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب: 1986م).

* المجموع شرح المهذب، لأبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي (دار الفكر، بيروت).

* المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، لأبي محمد عبد الحق بن غالب بن عطية الأندلسي الغرناطي، بتحقيق عبد السلام عبد الشافي محمد (ط:1، دار الكتب العلمية، بيروت: 1993م).

* المدونة الكبرى، لمالك بن أنس الأصبحي، رواية سَحنون عن ابن القاسم، بتحقيق السيد علي بن السيد عبد الرحمن الهاشمي (طبع على نفقة الشيخ زايد بن سلطان آل نهيان، الإمارات: 1422هـ).

* المدونة الكبرى، لمالك بن أنس الأصبحي، رواية سَحنون عن ابن القاسم، بتحقيق زكريا عميرات (دار الكتب العلمية، بيروت).

* المدونة الكبرى، لمالك بن أنس الأصبحي، رواية سَحنون عن ابن القاسم (مطبعة السعادة/ دار صادر، بيروت).

* المصباح المنير، لأحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، بتحقيق يوسف الشيخ محمد (ط:2، المكتبة العصرية، بيروت: 1997م).

* المعرفة والتاريخ، لأبي يوسف يعقوب بن سفيان الفسوي، بتحقيق د. أكرم العُمَري (ط:1، مؤسسة الرسالة، بيروت: 1981م).

* المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، لأبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، بتحقيق د. محمد حجي (وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، الرباط: 1981م).

* المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات، لأبي الوليد بن محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، بتحقيق زكريا عميرات (ط:1، دار الكتب العلمية، بيروت: 2002م).

* الملل والنحل، لأبي الفتح محمد بن عبد الكريم الشهرستاني، بتعليق أحمد فهمي محمد (ط:2، دار الكتب العلمية، بيروت: 1992م).

* المنتظم في تاريخ الملوك والأمم، لأبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد بن الجوزي، بتحقيق محمد ومصطفى عبد القادر عطا (ط:1، دار الكتب

العلمية، بيروت: 1992م).

* المنتقى شرح الموطأ، لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، بتحقيق محمد عبد القادر عطا (ط:1، دار الكتب العلمية، بيروت: 1999م).

* الموطأ، لمالك بن أنس، بتحقيق محمَّد فؤاد عبد الباقي (دار إحياء التراث العربي، القاهرة).

* الموطأ، لمالك بن أنس، بتحقيق محمد مصطفى الأعظمي (ط:1، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان: 2004م).

* النكت والفروق لمسائل المدونة والمختلطة، لأبي محمد عبد الحق بن هارون الصقلي، بتحقيق أحمد بن علي (ط:1، مركز التراث الثقافي المغربي، ودار ابن حزم، بيروت: 2009م).

* النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام، لأبي الحسن على بن عبد الله المتيطي المالكي (مخطوط مصوَّر من مكتبة دير الإسكوريال في أسبانيا).

* النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، لأبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي زيد القيرواني، بتحقيق عبد الفتاح محمد حلو وآخرين (ط:1، دار الغرب الإسلامي، بيروت: 1999م).

* الوثائق والسجلات = وثائق ابن العطار

* الوثائق والسجلات، لمحمد بن أحمد الأموي، المعروف بابن العطار، بتحقيق ب . شالميتا، وف . كورينطي (مجمع الموثقين المجريطي، المعهد الأسباني العربي للثقافة، مدريد: 1983م).

* الوفيات، لأبي العباس أحمد بن حسن بن علي بن الخطيب المعروف بابن قُنْفُذ، بتحقيق عادل نويهض (ط:4، دار الآفاق الجديدة، بيروت: 1983م).

* إنباء الغمر بأبناء العمر في التاريخ، لشهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، بتحقيق د. محمد عبد المعيد خان (ط:2، دار الكتب العلمية، بيروت: 1986م).

* أنوار البروق في أنواع الفروق = الفروق

* أنوار البروق في أنواع الفروق الفروق، لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي القرافي، بتحقيق خليل المنصور (دار الكتب العلمية، بيروت: 1998م).

* بغية الملتمس في تاريخ رجال أهل الأندلس، لأحمد بن يحيى بن أحمد بن عميرة الضبي، بتحقيق إبراهيم الإبياري (ط:1، دار الكتاب اللبناني، بيروت: 1989م).

* بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، لجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، بتحقيق محمد أبي الفضل إبراهيم (المكتبة العصرية، صيدا).

* تاج العروس من جواهر القاموس، لأبي الفيض محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، الملقّب بمرتضى الزَّبيدي (دار الهداية، الكويت).

* تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايْماز الذهبي، بتحقيق عمر عبد السلام التدمُري (ط:2، دار الكتاب العربي، بيروت: 1993م).

* تاريخ الذهبي = تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام.

* تاريخ بغداد (وذيوله)، لأبي بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي الخطيب البغدادي، بتحقيق مصطفى عبد القادر عطا (ط:1، دار الكتب العلمية، بيروت: 1417هـ).

* تاريخ قضاة الأندلس (المرقبة العليا فيمن يستحق القضاء والفتيا)، لأبي

الحسن بن عبد الله بن الحسن النباهي المالقي الأندلسي (ط:5، دار الآفاق الجديدة، بيروت: 1983م).

* تاريخ قضاة الأندلس = المرقبة العليا فيمن يستحق القضاء والفتيا

* تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، لبرهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون المالكي اليعمُري (ط:1، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة: 1986م).

* تتمة المختصر في أخبار البشر (تاريخ ابن الوردي)، لعمر بن مظفر بن عمر ابن محمد بن أبي الفوارس ابن الوردي (ط:1، دار الكتب العلمية، بيروت: 1996م).

* تتمة المختصر في أخبار البشر = تاريخ ابن الوردي

* تذكرة الحفاظ، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبي (ط:1، دار الكتب العلمية، بيروت: 1998م).

* ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، لأبي الفضل عياض بن موسى بن عياض السبتي، بتحقيق محمد سالم هاشم (ط:1، دار الكتب العلمية، بيروت: 1998م).

* تعريف الخلف برجال السلف، لأبي قاسم محمد الحفناوي (بييرفونتانة الشرقية، الجزائر: 1906م).

* تنزيه الشريعة المرفوعة عن الأحاديث الشنيعة الموضوعة، لأبي الحسن على بن محمد بن العراق الكناني، بتحقيق عبد الله بن محمد بن الصديق الغماري، (ط:2، دار الكتب العلمية، بيروت: 1981م).

* تهذيب الكمال في أسماء الرجال لأبي الحجاج يوسف بن عبد الرحمن بن يوسف، لجمال الدين ابن الزكي أبي محمد القضاعي الكلبي المزي، بتحقيق

بشار عواد معروف (ط:1، مؤسسة الرسالة، بيروت: 1980م).

* توشيح الديباج وحلية الابتهاج، لبدر الدين محمد بن يحيى بن عمر القرافي، بتحقيق د. علي عمر (ط:1، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة: 2004م).

* جامع الشروح والحواشي معجم شامل لأسماء الكتب المشروحة في التراث الإسلامي وبيان شروحها، للسيد عبدِ الله بن محمد الحبشي (المجمع الثقافي، أبو ظبي: 2004م).

* جذوة الاقتباس في ذكر من حل من أعلام مدينة فاس، لأحمد ابن القاضي المكناسي (دار المنصور، الرباط: 1974).

* جذوة المقتبس في ذكر ولاة الأندلس، لأبي عبد الله محمد بن فتوح بن عبد الله الأزدي الميورقي الحَمِيدي (الدار المصرية للتأليف والنشر، القاهرة: 1966م).

* جمهرة أنساب العرب، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي (ط:3، دار الكتب العلمية، بيروت: 2003م).

* درة الحجال في أسماء الرجال، لأبي العباس أحمد بن محمد ابن القاضي المكناسي ، بتحقيق محمد الأحمدي أبو النور (ط:1، دار التراث، القاهرة، والمكتبة العتيقة، تونس: 1971م).

* رشف الفضال من تراجم أعلام الرجال، لمحمد الأمين (عرفات) بن فتى العلوي (ط:1، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، دبلن: 2012م).

* روضة الطالبين وعمدة المفتين، لمحيي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي (المكتب الإسلامي، بيروت: 1405هـ).

* رياض النفوس في طبقات علماء القيروان وإفريقية وزهادهم ونساكهم

وسير من أخبارهم وفضائلهم وأوصافهم، لأبي بكر بن عبد الله بن محمد المالكي، بتحقيق بشير البكوش، ومراجعة محمد العروسي المطوي (ط:2، دار الغرب الإسلامي، بيروت: 1994م).

* سلوة الأنفاس ومحادثة الأكياس بمن أقبر من العلماء والصالحين بفاس، لمحمد بن جعفر بن إدريس الكتاني، بتحقيق عبد الله الكامل الكتاني، وآخرين (ط:1، دار الثقافة، الدار البيضاء: 2004م).

* سنن ابن ماجه، لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي (دار الفكر، بيروت).

* سُنَن التِّرْمِذِيّ = الجامع المختصر من السنن

* سير أعلام النبلاء، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبي، بتحقيق مجموعة من المحققين تحت إشراف الشيخ شعيب الأرناؤوط (ط:3، مؤسسة الرسالة، بيروت: 1985م).

* شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، لمحمد بن محمد مخلوف (دار الفكر، بيروت).

* شذرات الذهب في أخبار من ذهب، لشهاب الدين أبي الفلاح عبد الحي بن أحمد بن محمد العكري ابن العماد الحنبلي، بتحقيق عبد القادر الأرناؤوط ومحمود الأرناؤوط (ط:1، دار ابن كثير، دمشق: 1986م).

* شرح ابن ناجي التنوخي على متن رسالة ابن أبي زيد القيرواني، لقاسم بن عيسى بن ناجي التنوخي، بتحقيق أحمد فريد المزيدي (ط:1، دار الكتب العلمية، بيروت: 2007م).

* شرح التلقين، لأبي عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي المازري، بتحقيق محمد المختار السلامي (ط:2، دار الغرب الإسلامي، تونس: 2008م).

* شرح السنة، للحسين بن مسعود البغوي بتحقيق شعيب الأرناؤوط، ومحمد زهير الشاويش (ط:2، المكتب الإسلامي، دمشق. بيروت: 1983م).

* شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي المصري القرافي المالكي (دار الفكر، بيروت: 2004م).

* شفاء الغليل في حل مقفل خليل (مطبوع مع مختصر الشيخ خليل)، لمحمد بن أحمد بن محمد بن محمد بن غازي العثماني المكناسي، بتحقيق د. أحمد عبد الكريم نجيب (ط:1، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، دبلن: 2009م).

* صحيح مسلم، لمسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي (ط:2، مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة: 1978م).

* طبقات الشافعية، لأبي بكر بن هداية الله الحسيني، بتحقيق عادل نويهض (ط:3، دار الآفاق الجديدة، بيروت: 1982م).

* طبقات الشافعية، لعبد الرحيم الإسنوي، بتحقيق كمال يوسف الحوت (ط: 1، دار الكتب العلمية، بيروت: 1987م).

* طبقات الفقهاء، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، بتهذيب محمد بن مكرم ابن منظور، وتحقيق إحسان عباس (ط:1، دار الرائد العربي، بيروت: 1970م).

* طبقات المفسرين، لجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، بتحقيق الدكتور علي محمد عمر (ط:1، مكتبة وهبة، القاهرة: 1976م).

* طبقات المفسرين، لشمس الدين محمد بن علي بن أحمد الداوودي، بتحقيق

علي محمد عمر (ط:1، مكتبة وهبة، القاهرة: 1972م).

* طبقات النحاة واللغويين، لتقي الدين ابن قاضي شهبة الأسدي الشافعي، بتحقيق د. محسن غياص (مطبعة النعمان، النجف).

* طبقات علماء إفريقية، لمحمد بن عبد السلام بن ثعلبة القرطبي الخشني، بتحقيق وتعليق محمد زينهم محمد عزب (ط:1، مكتبة مدبولي، القاهرة: 1993م).

* عيون الأدلة فى مسائل الخلاف بين فقهاء الأنصار، لأبي الحسن علي بن عمر أحمد البغدادي ابن القصار المالكي، بتحقيق د. عبد الحميد بن سعد بن ناصر (ط:1، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض: 2006م).

* غاية النهاية في طبقات القراء، لشمس الدين أبي الخير محمد بن محمد بن يوسف ابن الجزري، نُشر بعناية ج. برجستراسر (ط:1، مكتبة ابن تيمية، القاهرة: 1351هـ).

* غريب الحديث، لعبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري، بتحقيق د. عبد الله الجبوري (ط:1، مطبعة العاني، بغداد: 1397 هـ).

* فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد عُلَيْش المالكي (دار المعرفة، بيروت).

* فوات الوفيات، لمحمد بن شاكر بن أحمد بن عبد الرحمن بن شاكر بن هارون ابن شاكر الكتبي، بتحقيق إحسان عباس (دار صادر، بيروت: 1973م).

* كفاية المحتاج لمعرفة من ليس في الديباج، لأحمد بابا بن أحمد بن أحمد بن عمر التكروري التنبكتي السوداني، بتحقيق أبي يحيى عبد الله الكندري

(ط:1، دار ابن حزم، بيروت: 2002م).

* لسان العرب، لمحمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري (ط:1، دار صادر، بيروت).

* لسان الميزان، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ط:2، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت: 1971م) عن طبعة دائرة المعارف النظامية، الهند.

* مجلة قطر الندى (مجلة علمية فصلية محكمة يصدرها مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، دبلن).

* مجموع الفتاوى = فتاوى ابن تيمية

* مجموع الفتاوى، لتقي الدين أبي العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني ، بتحقيق أنور الباز وعامر الجزار (ط:3، دار الوفاء، جدة: 2005م).

* مختصر ابن عرفة = اختصار ما ألفته المالكية في الفقه.

* مسائل ابن رشد = فتاوى ابن رشد

* مَسَائِل أبي الوَليد بن محمد بن أحمد بن محمد بن رشد (الجد) القرطبي، بتحقيق محمد الحبيب التجكاني (ط:2، دار الجيل، بيروت، ودار الآفاق الجديدة، الرباط: 1993م).

* مصادر الفقه المالكي أصولاً وفروعاً في المشرق والمغرب قديماً وحديثاً، لأبي عاصم بشير ضيف بن أبي بكر بن البشير بن عمر العربي الجزائري (دار ابن حزم، بيروت).

* معالم الإيمان في معرفة أهل القيروان، لابن الدباغ، بتحقيق د. عبد المجيد خيالي (ط:1، دار الكتب العلمية، بيروت).

* معجم الأدباء أو إرشاد الأريب إلى معرفة الأديب، لأبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الرومي الحموي (ط:1، دار الكتب العلمية، بيروت: 1991م).

* معجم العين، لأبي عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي، بتحقيق د. مهدي المخزومي، ود. إبراهيم السامرائي (دار ومكتبة الهلال).

* معجم المطبوعات العربية والمعربة، ليوسف بن إليان بن موسى سركيس (مطبعة سركيس، القاهرة: 1928م).

* معجم المؤلفين، لعمر رضا كحالة (دار إحياء التراث العربي، بيروت: 1957م).

* مغني اللبيب عن كتب الأعاريب، لجمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف بن أحمد بن عبد الله بن يوسف بن هشام، بتحقيق د. مازن المبارك، ومحمد علي حمد الله (ط:6، دار الفكر، دمشق: 1985م).

* مقالات الإسلاميين واختلاف المصلين، لأبي الحسن علي بن إسماعيل الأشعري، بتحقيق محمد محي الدين عبد الحميد (ط:1، المكتبة العصرية، بيروت: 1990م).

* منتخب الأحكام، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله بن إبراهيم المريني الأندلسي ابن أبي زمنين، بتحقيق د. محمد حماد (ط:1، منشورات مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث، الرباط: 2009م).

* مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، لمحمد بن محمد بن عبد الرحمن بن حسين الرعيني، المعروف بالحطاب، بتحقيق زكريا عميرات (عالم الكتب، القاهرة: 2003م).

* ميزان الاعتدال في نقد الرجال، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبي، بتحقيق علي محمد البجاوي (دار المعرفة، بيروت).

* نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب، لشهاب الدين أحمد بن محمد المقري التلمساني، بتحقيق إحسان عباس (ط:1، دار صادر، بيروت: 1968).

* نوازل ابن سهل = الإعلام بنوازل الأحكام وقطر من سير الحكام = ديوان الأحكام الكبرى

* نيل الابتهاج بتطريز الديباج، لأحمد بابا بن أحمد بن أحمد بن عمر التكروري التنبكتي السوداني، بتحقيق د. علي عمر (ط:1، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة: 2004م).

* وفيات الأعيان وأنباء الزمان، لأبي العباس أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان، بتحقيق إحسان عباس (دار صادر، بيروت).





فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات